C Beausoleil

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

FIX-GEN

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

D'APRÈS LA MÉTHODE DE ZACHARIÆ

PAR MM.

C. AUBRY
Conseiller à la Cour de cassation,
Officier de la Légion d'honneur.

C. RAU
Conseiller à la Cour de cassation,
Officier de la Légion d'honneur.

QUATRIÈME ÉDITION

REVUE ET COMPLÉTÉE.

Université d'Ottawa
BIBLIOTHEQUES
LIBRARIES
University of Ottawa

TOME TROISIÈME.

PARIS
IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE.
MARCHAL, BILLARD & Cie, IMPRIMEURS-ÉDITEURS,
LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION
ET DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA MÊME COUR ET AU CONSEIL D'ÉTAT.
PLACE DAUPHINE, 27.
1869.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

KJV
450
.A934
1869
V.3

Strasbourg, imprimerie de J. H. Ed. Heitz.

DROIT CIVIL THÉORIQUE FRANÇAIS.

DES DROITS RÉELS. — DES SERVITUDES.

CHAPITRE II.

Des servitudes réelles ou services fonciers (servitudes sensu stricto).

SOURCES. Code Napoléon, art. 637 à 645, 649 à 652, 682 à 710. Loi du 29 avril 1843, sur les irrigations. Loi du 11 juillet 1847, sur les irrigations. Loi du 10 juin 1854, sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage. — BIBLIOGRAPHIE. Cœpolla, *de servitutibus*; Coloniæ, 1759, in-4°. *Traité des servitudes réelles*, par Lalaure; Caen, 1786, 1 vol. in-4°; nouv. édit., par Paillet; Paris, 1828, 1 vol. in-8°. *Von den Servituten nach dem Sinne der römischen und napoleonischen Gesetzgebung*, par Münter; Hanovre, 1810, 2 vol. in-8°. *Traité des servitudes réelles*, par Solon; Paris, 1837, 1 vol. in-8°. *Traité des servitudes ou services fonciers*, par Pardessus, 8e édit.; Paris, 1838, 2 vol. in-8°. *Die Theorie der Servituten des französichen Rechts*, par Barbo; Mannheim, 1855, 1 vol. in-8°.

INTRODUCTION.

§ 238.

La servitude (*sensu stricto*) est un droit réel établi sur un héritage, pour l'utilité ou l'agrément d'un héritage appartenant à un autre propriétaire[1]. Art. 637.

[1] Le mot *héritage*, qui, dans son accception primitive, indique ce qui écheoit par succession, se trouvait employé, dans nos anciennes coutumes, pour désigner les immeubles réels ou par nature, c'est-à-dire les fonds de terre et les bâtiments. C'est en ce sens que cette expression a passé dans le Code, comme terme technique en matière de servitudes et d'hypothèques. Cpr. art. 2169 et 2170. Zachariæ, § 234, note 1re.

L'héritage auquel la servitude est due, s'appelle *héritage dominant;* celui qui la doit, *héritage servant.* Toutefois il n'existe, abstraction faite de la charge résultant de la servitude, aucune prééminence de l'un des héritages sur l'autre. Art. 638[2].

Les servitudes sont établies par la loi ou par le fait de l'homme. Art. 639[3].

Les servitudes légales ont pour objet, soit l'utilité publique[4] ou communale, soit l'utilité des particuliers. Art. 649.

Le Code Napoléon ne s'occupe que transitoirement des servitudes d'utilité publique ou communale, qui sont réglées par des lois particulières. Art. 650. Il ne traite même que d'une partie des servitudes établies dans l'intérêt de la propriété foncière, et renvoie pour les autres aux lois sur la police rurale, c'est-à-dire aux dispositions de la loi des 28 septembre-6 octobre 1791[5]. Art. 651 et 652.

Les servitudes procédant du fait de l'homme peuvent être établies, non-seulement par convention, mais encore par testament, et même, suivant les cas, par la possession trentenaire, ou par la destination du père de famille[6].

Le Code ne pose pas de principes communs aux servitudes légales et aux servitudes établies par le fait de l'homme ; mais les règles qu'il trace pour ces dernières, en ce qui concerne leur exerce et les droits ou obligations qu'elles produisent, s'appliquent

2 L'objet de cet article a été d'empêcher que les servitudes pussent jamais fournir l'occasion de ressusciter la hiérarchie foncière qui servait de base au régime féodal. *Discours de Gillet, orateur du Tribunat* (Locré, *Lég.*, VIII, p. 402, n° 5). Maleville, sur l'art. 638. Zachariæ, § 234, note 2. Cpr. Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. I, art. 1er.

3 Les servitudes que cet article déclare dériver de la situation naturelle des lieux, et qu'il oppose aux servitudes établies par la loi, ne sont en réalité que des servitudes légales. Toullier, III, 484 et 485. Demante, *Cours*, II, 488 *bis*. Zachariæ, § 234, texte et note 5. Cpr. Demolombe, XI, 7.

4 Les termes *utilité publique* doivent s'entendre, dans l'art. 649, tout aussi bien de l'utilité des départements, que de celle de l'État.

5 Voy. sur le droit qu'a le propriétaire d'un essaim d'abeilles, de le suivre dans le fonds d'autrui : Loi précitée, tit. I, sect. III, art. 5 ; § 201, texte n° 1, lett. *a* ; § 243, texte *in fine*. — Voy. sur le droit de vaine pâture : même loi, tit. I, sect. IV; § 121, texte n° 3. — Voy. sur le droit de passage auquel sont soumis les fonds bordant un chemin public devenu impraticable : même loi, tit. II, art. 41; § 243, texte *in fine*.

6 La rédaction de l'art. 639 est évidemment incomplète dans sa disposition finale. Voy. art. 690 à 694.

également aux servitudes légales, à moins que ces règles ne soient contraires aux dispositions spéciales qui régissent les différentes servitudes de ce genre[7].

Du reste, les servitudes légales peuvent, en général, être déterminées d'une manière plus précise, ou même modifiées, soit au moyen de conventions, soit par l'effet de la prescription[8].

Les anciennes servitudes coutumières que le Code Napoléon passe sous silence, ne subsistent plus aujourd'hui comme servitudes légales et ne peuvent même pas être invoquées à ce titre pour faire maintenir un état de choses antérieur à sa promulgation[9]. Cette observation s'applique notamment à la servitude admise, dans quelques coutumes, sous le nom d'*échellage* ou de *tour d'échelle*, en vertu de laquelle le propriétaire d'un mur non-mitoyen pouvait, pour y exécuter les réparations nécessaires, faire passer ses ouvriers et ses matériaux sur le fonds joignant ce mur[10]. La même observation s'applique à la servitude autrefois connue en Alsace sous le nom de *droit de charrue* (*Pflugrecht*), d'après laquelle le propriétaire d'un champ formant traversant devait, quand il voulait y élever des constructions, laisser libre un espace de terrain suffisant pour le tour de la charrue. On doit, par le même principe, décider que le propriétaire d'un arbre fruitier dont les

7 Pardessus, I, 74. Demolombe, XII, 636 et 891. Zachariæ, § 234, texte et note 4. Metz, 19 janvier 1858, Sir., 58, 2, 460. Pau, 10 novembre 1862, Sir., 64, 2, 51.

8 Toullier, III, 591. Pardessus, I, 93. Zachariæ, § 234, texte et note 3.

9 Cpr. § 30, texte II, n° 2, lett. *c*, et note 41.

10 *Discours du tribun Gillet au Corps législatif* (Locré, *Lég.*, VIII, p. 506 et suiv., n° 11). Merlin, *Rép.*, v° Tour d'échelle. Toullier, III, 559 à 563. Zachariæ, § 239, note 7, et § 246, texte et note 7. Douai, 31 août 1865, Sir., 66, 2, 229. Voy. cep. Pardessus, I, 227 ; Duranton, V, 316. Suivant ces auteurs, le passage pourrait être demandé, pour la réparation d'un mur même non mitoyen, dans les localités où la clôture est forcée. Cpr. aussi : Demolombe, XI, 422. Tout en admettant le principe posé au texte sans la modification proposée par MM. Pardessus et Duranton, notre savant collègue estime cependant que la servitude d'échellage pourrait encore être invoquée pour les constructions antérieures au Code Napoléon. Nous croyons devoir rejeter ces différentes distinctions, qui ne nous paraissent pas suffisamment justifiées. Mais nous pensons qu'un propriétaire qui se trouverait dans l'impossibilité absolue de faire à ses constructions, des réparations devenues indispensables, sans passer sur le fonds voisin, pourrait y être autorisé moyennant une juste et préalable indemnité. Arg. art. 682. Bruxelles, 28 mars 1823, Sir., 25, 2, 374.

branches s'étendent sur le fonds voisin, ne peut plus, pour la récolte de ces fruits, réclamer sans indemnité le droit de passage que lui accordait le Droit romain[11].

Nous avons éliminé de la théorie des servitudes, d'une part, les limitations normales auxquelles se trouve soumis l'exercice du droit de propriété, d'autre part, les obligations qui sont imposées aux propriétaires comme tels, et enfin les dispositions relatives à la mitoyenneté. Cpr. art. 651 et 652. Ces matières, qui rentrent dans la théorie de la propriété ou de la copropriété, bien plus que dans celle des servitudes, ont été exposées au §§ 194 à 200 et 222.

Sous la rubrique *Des servitudes légales d'utilité privée*, nous exposerons, avec les développements qu'elles comportent, les règles qui régissent les servitudes relatives à l'irrigation et au passage des eaux nuisibles, établies par les lois du 29 avril 1845, du 11 juillet 1847, et du 10 juin 1854.

I. DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

A. *Des servitudes légales d'utilité publique ou communale*[1].

§ 239.

On range ordinairement sous ce titre les différentes restrictions apportées, dans un intérêt public, à l'exercice du droit de propriété. Une méthode, tout à fois plus rigoureuse et plus conforme aux dispositions de l'art. 650, nous a conduits à ne classer parmi les servitudes d'utilité publique ou communale, que les charges qui constituent de véritables servitudes dans le sens de la définition

[11] Voy. *L. uni.* D. *de glande legenda* (43, 28). Il nous paraîtrait difficile de refuser, d'une manière absolue, au propriétaire de l'arbre, la faculté de demander, moyennant indemnité, le passage nécessaire pour récolter des fruits qui en définitive lui appartiennent. Arg. art. 682. Cpr. en sens divers : Merlin, *Rép.*, v° Arbre, § 8 ; Toullier, III, 517 ; Pardessus, I, 196 ; Delvincourt, I, p. 564 ; Duranton, V, 400 ; Zachariæ, § 242, texte et note 4 ; Marcadé, sur l'art. 672, n° 5 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 310 ; Taulier, II, p. 496 ; Demolombe, XI, 513.

[1] Cpr. sur cette matière : *Traité du domaine public*, par Proudhon ; Dijon 1833 et 1834, 5 vol. in-8°. *Traité des servitudes d'utilité publique*, par Jousselin ; Paris 1850, 2 vol. in-8°. *Essai sur la législation et la jurisprudence concernant les charges établies dans un intérêt de voirie*, par Feraud-Giraud ; Paris 1851, 2 vol. in-8°.

donnée par l'art. 637. Les simples limitations apportées, dans un intérêt public, à l'exercice du droit de propriété, ayant déjà été exposées au § 193, nous n'aurons à mentionner ici que les charges qui, établies en vue d'un intérêt public ou communal, sont imposées à certains fonds pour l'avantage d'autres fonds.

Au premier rang des servitudes d'utilité publique se placent celles que l'on désigne sous le nom de *servitudes militaires*, et qui sont imposées, dans l'intérêt des places de guerre et des postes militaires, sur les fonds compris dans les différentes zônes tracées autour de ces places et de ces postes [2].

Une seconde classe renferme les servitudes d'utilité publique établies, dans l'intérêt de la conservation des bois et forêts soumis au régime forestier, sur les fonds avoisinants [3].

Sous une troisième catégorie se rangent les servitudes qui sont relatives à la voirie terrestre ou fluviale. Cette troisième catégorie comprend notamment :

La servitude relative aux arbres plantés sur le sol des grandes routes, et aux plantations d'arbres le long des chemins vicinaux [4];

Les servitudes établies pour la conservation et la sûreté des chemins de fer [5];

La servitude de passage, connue sous la dénomination de *marche-pied* ou *chemin de halage*, dont sont grevés les fonds riverains des fleuves ou rivières navigables ou flottables [6];

Enfin, les servitudes imposées, dans l'intérêt du flottage, aux usines établies sur les cours d'eau où il se pratique, et aux fonds riverains de ces cours d'eau [7].

[2] Loi des 8-10 juillet 1791. Loi du 17 juillet 1819. Ordonnance du 1er août 1821. Loi des 15 mars 1850, 23 juin et 10 juillet 1851. Décrets du 10 août 1853, avec le tableau rectificatif inséré au second semestre de 1853, B. 105, n° 882; Décrets du 30 juin 1855, du 29 avril 1857, du 8 mars 1862, et du 11 mai 1864.

[3] Code forestier, art. 151 à 158. Ordonnance règlementaire pour l'exécution de ce Code, art. 177 à 180.

[4] Loi du 9 ventôse an XIII. Loi du 12 mai 1825.

[5] Loi du 15 juillet 1845, sur la police des chemins de fer, art. 3, et 5 à 10.

[6] Ordonnance de 1669 sur les eaux et forêts, tit. XXVIII, art. 7. Édit de décembre 1772, chap. I, art. 3. Arrêt du Conseil du 24 juin 1777. Arrêté du 13 nivôse an V. Avis du Conseil d'État du 3 messidor an XIII. Décret du 22 janvier 1808. Code Nap., art. 650.

[7] Édit de décembre 1672, chap. XVII. Ordonnance du 23 juillet 1783, tit. III, art. 11 et 17. Arrêté du 13 nivôse an V. Loi du 28 juillet 1824.

En vertu d'une servitude spéciale, à laquelle se trouvent soumises les forêts situées dans un rayon de cinq kilomètres des bords du Rhin, les propriétaires de ces forêts sont tenus de délivrer, moyennant indemnité, les bois et oseraies nécessaires aux travaux d'endiguage et de fascinage à faire sur ce fleuve[8].

L'exposé complet de la matière des servitudes d'utilité publique rentrant plutôt dans le Droit administratif que dans le Droit civil, nous nous bornerons aux indications sommaires qui précèdent.

B. *Des servitudes légales d'utilité privée.*

§ 239 *bis.*

Notions générales.

Les servitudes légales d'utilité privée dérivent de la situation naturelle des lieux, ou sont établies dans l'intérêt de la propriété foncière. Art. 639 et 649.

La seule servitude d'utilité privée qui dérive de la situation des lieux, est celle dont, aux termes de l'art. 640, les fonds inférieurs se trouvent grevés, pour l'écoulement naturel des eaux provenant des fonds supérieurs. La loi ne faisant ici que sanctionner un état de choses créé par la nature elle-même, cette servitude est due sans indemnité, et son exercice ne donne lieu à aucun règlement préalable.

Les autres servitudes d'utilité privée rentrent dans la catégorie de celles qui sont établies pour l'intérêt de la propriété foncière.

A la différence de la servitude consacrée par l'art. 640, ces dernières servitudes ne peuvent être réclamées que moyennant une juste indemnité.

D'un autre côté, bien qu'établies par la loi, elles supposent en principe, et sauf l'effet de la prescription, un règlement, conventionnel ou judiciaire, intervenu pour l'évaluation de l'indemnité à laquelle elles peuvent donner lieu, ainsi que pour la fixation de leur assiette et de leur mode d'exercice.

Parmi ces servitudes, il en est même par rapport auxquelles la loi laisse au juge le pouvoir d'apprécier, s'il convient d'en accorder ou d'en refuser l'exercice. Telles sont notamment les servi-

[8] Code forestier, art. 136 à 143. Ordonnance règlementaire de ce Code, art. 162 à 168.

tudes d'aqueduc et d'appui en matière d'irrigation. Mais il faut se garder de conclure de là que les servitudes de cette espèce soient plutôt judiciaires que légales, puisqu'elles n'en sont pas moins établies par la loi, et que la seule mission du juge est d'examiner si les opérations d'irrigation en vue desquelles elles ont été créées, présentent, dans tel ou tel cas donné, un but sérieux d'utilité.

Les différences qui viennent d'être exposées, entre les servitudes établies dans l'intérêt de la propriété foncière et la servitude dérivant de la situation naturelle des lieux, en amènent une autre qui est relative à l'application des règles sur la transcription.

La force des choses conduit à reconnaître qu'il ne peut être question de transcription pour la servitude établie par l'art. 640, dont l'exercice ne donne lieu à aucun règlement préalable[1]. Mais il en est autrement quant aux servitudes créées dans l'intérêt de la propriété foncière, en ce que le règlement, conventionnel ou judiciaire, intervenu tant pour l'évaluation de l'indemnité que pour la fixation de l'assiette et du mode d'exercice de la servitude, ne peut être opposé aux tiers qui se trouvent dans les conditions requises par la loi du 23 mars 1855, qu'autant que l'acte ou le jugement renfermant ce règlement a été soumis à la transcription, et à partir seulement de l'accomplissement de cette formalité[2].

Enfin, une dernière différence sépare la servitude dont s'occupe l'art. 640 et les autres servitudes légales. Les fonds compris dans le domaine public sont, en effet, soumis à la première, tandis qu'ils ne sont pas grevés des secondes[3].

[1] Flandin, *De la transcription*, I, 411 et 415.

[2] Flandin, *op. cit.*, I, 418 à 423. Voy. cep. Mourlon, *De la transcription*, I, 117 et 118. Suivant cet auteur, la proposition énoncée au texte devrait être restreinte aux servitudes dont l'établissement reste soumis au pouvoir d'appréciation du juge, et ne s'appliquerait par conséquent, ni à la servitude pour l'écoulement des eaux provenant du drainage, ni à celle de passage pour cause d'enclave. Cette distinction doit être rejetée : elle n'a aucune portée au point de vue de l'application des règles relatives à la transcription ; et ce, par le double motif que le pouvoir d'appréciation donné au juge en ce qui concerne certaines servitudes légales ne leur enlève pas le caractère de servitudes établies par la loi, et que, d'un autre côté, celles à l'égard desquelles ce pouvoir cesse, n'en demeurent pas moins soumises, pour leur exercice, à un règlement conventionnel ou judiciaire.

[3] Cpr. § 240, texte, notes 2 et 3. Déc. en Cons. d'État, 8 mars 1860, Sir., 61, 2, 43. Garnier, *Commentaire de la loi du 10 juin 1854*, p. 19. Devilleneuve, *Lois annotées*, 1854, p. 112, col. 3, n° 5.

L'exception admise sous ce rapport en faveur de ces fonds, ne doit pas être étendue à ceux qui, formant l'objet d'un droit de propriété proprement dit, se trouveraient frappés d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, par exemple aux immeubles compris dans la dotation de la couronne[4].

§ 240.

De la servitude relative à l'écoulement naturel des eaux, établie par l'art. 640[1].

Les fonds inférieurs sont assujettis, envers les fonds plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué. Art. 640.

1° Cette servitude, qui pèse, sauf l'application des règlements de voirie[2], sur les fonds dépendants du domaine public aussi bien que sur ceux qui forment l'objet d'un droit de propriété proprement dit[3], a lieu dans le cas même où l'héritage le plus élevé est séparé de l'héritage inférieur par une voie publique[4].

Elle s'applique aux eaux d'infiltration et de source, aussi bien qu'aux eaux pluviales et à celles qui proviennent de la fonte des neiges[5].

Mais elle ne peut être invoquée, même pour les eaux dont il vient d'être parlé, qu'autant que leur écoulement est le résultat naturel de la situation des lieux et non celui du fait de l'homme[6]. Ainsi, le propriétaire du fonds inférieur n'est pas obligé de recevoir les eaux provenant des toits des bâtiments établis sur le fonds supérieur, en tant du moins que par suite de la réunion de ces eaux en un seul volume, ou par l'effet d'autres circonstances, leur

[4] Cpr. § 243, texte, notes 16 et 17.

[1] Cpr. sur cette matière : D. *de aqua et aqu. pluv. arc.* (39, 3).

[2] Cpr. Crim. cass., 2 mars 1855, Sir., 55, 1, 550.

[3] Daviel, *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau*, III, 763. Demolombe, XI, 21. Voy. cep. Pardessus, I, 42.

[4] Daviel, *op. et loc. citt.* Duranton, V, 159. Demolombe, XI, 20. Zachariæ, § 235, texte et note 1re. Civ. cass., 8 janvier 1834, Sir., 34, 1, 169. Req. rej., 3 août 1852, Sir., 52, 1, 654. Req. rej., 24 juin 1867, Sir., 67, 1, 325. Cpr. texte et note 20 *infra*.

[5] Pardessus, I, 82. Duranton, V, 153. Demolombe, XI, 59. Zachariæ, § 235, texte et note 2. Civ. cass., 13 juin 1814, Sir., 15, 1, 239.

[6] Cpr. § 195, texte et note 3.

écoulement sur le fonds inférieur constituerait une aggravation sensible de la charge établie par l'art. 640 [7]. Ainsi encore, le propriétaire du fonds inférieur n'est pas tenu de recevoir, en vertu de l'article précité, les eaux d'une source que le propriétaire du fonds supérieur y a fait jaillir par des fouilles ou par des sondages [8].

A plus forte raison, la servitude établie par l'art. 640 est-elle étrangère aux eaux qui ont été amenées dans le fonds supérieur par le travail de l'homme, notamment aux eaux de fontaine, et aux eaux ménagères ou industrielles [9].

Du reste, la règle d'après laquelle le propriétaire du fonds inférieur n'est pas tenu de recevoir les eaux recueillies ou amenées dans le fonds supérieur par le fait de l'homme, ne doit plus être

[7] Cpr. § 195, texte et notes 4 à 6.

[8] Cette proposition n'a jamais été contestée en principe. Voy. Pardessus, I, 83; Duranton, V, 166; Duvergier sur Toullier, II, 509, note 1; Marcadé, sur l'art. 640, n° 2; Daviel, *op. cit.*, III, 901; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 364; Demolombe, XI, 26; Zachariæ, § 235, note 2. Mais on a soumis à certains tempéraments, l'application de la règle qu'elle renferme. C'est ainsi qu'il a été généralement admis que le propriétaire du fonds inférieur est obligé de recevoir, moyennant une juste indemnité, les eaux provenant du percement d'un puits, lorsqu'il n'est pas possible de les refouler dans le sol ou de leur donner une autre issue. Quelques auteurs ont même été plus loin, en imposant, d'une manière absolue, au propriétaire du fonds inférieur l'obligation de recevoir, moyennant indemnité, les eaux qu'ont fait surgir dans le fonds supérieur, *non data ad hoc opera*, des travaux de nivellement ou le creusement des fondations d'un édifice. Voy. Delvincourt, I, p. 377; Pardessus, *loc. cit.*; Daviel, *op. cit.*, III, 903. Ce tempérament se justifie par la considération qu'on doit voir une sorte de cas fortuit dans le jaillissement accidentel et imprévu d'eaux amenées à la surface du sol par des travaux en eux-mêmes inoffensifs, sauf, toutefois, à l'auteur de ces travaux à réparer le dommage qui en a été la suite, conformément à la maxime *Qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur*. Aussi aurions-nous été disposés à l'adopter, malgré le dissentiment de M. Demolombe, si la législation n'avait depuis porté remède à la situation dont il est ici question, en autorisant tout propriétaire à se procurer, à charge d'indemnité, un passage artificiel pour se débarrasser des eaux qui nuisent à son fonds. Il suit de là que tous les tempéraments apportés à la règle posée au texte, n'ont plus aujourd'hui aucune raison d'être; et si le propriétaire inférieur peut être tenu de fournir un passage pour l'écoulement des eaux que la main de l'homme a fait surgir dans le fonds supérieur, il n'y est soumis, comme tout autre voisin, que sous les conditions indiquées par les lois qui se trouvent citées à la note 10 *infra*.

[9] Cpr. § 195, texte et note 2. Voy. aussi sur les eaux auxquelles donne issue l'ouverture de galeries de mines: Req. rej., 3 août 1843, Sir., 44, 1, 137.

appliquée aujourd'hui, que sous les modifications résultant des lois relatives à l'irrigation et au drainage [10].

2° Le propriétaire du fonds inférieur est tenu de recevoir, avec les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur, les terres, sables, ou pierres, qu'elles charrient ou qu'elles entraînent, sans pouvoir réclamer aucune indemnité à raison du dommage qui en résulte pour son fonds [11].

Il lui est interdit d'élever des digues ou de faire tout autre travail qui, en empêchant l'écoulement naturel des eaux, les ferait refluer sur le fonds supérieur ou sur les héritages voisins [12]. Mais rien ne s'oppose à ce qu'il fasse ce qu'il croit utile pour rendre l'écoulement des eaux moins dommageable à son fonds, pourvu que les travaux entrepris dans ce but ne causent aucun préjudice, soit au fonds supérieur, soit aux héritages voisins [13].

Le propriétaire inférieur n'est pas tenu, en vertu de la servitude établie par l'art. 640 [14], de curer les fossés destinés à l'écoulement des eaux du fonds supérieur [15], lorsque d'ailleurs ce n'est pas par son fait que ce curage est devenu nécessaire [16]. Mais il ne peut s'opposer à l'exécution sur son fonds des ouvrages que le propriétaire supérieur voudrait y entreprendre, pour entretenir ou rétablir l'écoulement des eaux [17].

3° Le propriétaire supérieur ne peut, de son côté, rien faire qui aggrave l'assujettissement du fonds inférieur, soit en imprimant aux eaux un courant plus rapide, soit en les réunissant en un seul

[10] Cpr. Loi du 29 avril 1845, et § 241, texte n°s 2 et 4; Loi du 10 juin 1854, et § 242.

[11] Marcadé, sur l'art. 640, n° 1. Demolombe, XI, 32.

[12] Req. rej., 4 juillet 1860, Sir., 61, 1, 177. Req. rej., 22 janvier 1866, Sir., 66, 1, 68.

[13] Cpr. art. 701. Daviel, *op. cit.*, III, 761. Demolombe, *loc. cit.*

[14] Mais il pourrait être tenu de contribuer, en vertu de la loi du 14 floréal an XI, aux frais du curage des fossés dont il se trouve être riverain. Cpr. Req. rej., 8 mai 1832, Sir., 32, 1, 398.

[15] Art. 698. Merlin, *Rép.*, v° Eaux pluviales, n° 3. Toullier, XI, 327. Solon, n° 31. Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1327. Daviel, *op. cit.*, III, 728 *bis*. Demolombe, XI, 33. Voy. en sens contraire : Pardessus, I, 92. Cpr. aussi : Bordeaux, 8 mars 1844, Sir., 44, 2, 334.

[16] Demolombe, *loc. cit.* Req. rej., 8 mai 1832, Sir., 32, 1, 398.

[17] Arg. art. 697. Cpr. L. 2, § 1, D. *de aqua et aqu. pluv. arc.* (39, 3). Merlin, *op. v° et loc. citt.* Toullier, *loc. cit.* Duranton, V, 161. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1328. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 235, texte et note 3.

volume, ou en les accumulant artificiellement par des travaux de desséchement[18], soit enfin en les employant à des usages dont le résultat serait de les corrompre ou de les imprégner d'éléments nuisibles[19]. Cette défense reçoit son application dans le cas même où les eaux proviennent d'un établissement autorisé par l'administration, et dans celui où les deux fonds sont séparés par une voie publique[20].

Il est toutefois permis au propriétaire supérieur de faire les travaux nécessaires pour la culture de son fonds, par exemple d'établir des rigoles d'assainissement ou d'irrigation, bien que ces travaux doivent avoir pour résultat de modifier l'écoulement naturel des eaux[21]; seulement doit-il les exécuter de manière à ne causer au fonds inférieur que le moindre dommage possible, et à ne pas faire dévier les eaux sur des héritages qui jusqu'alors ne les recevaient pas, ou n'en recevaient qu'une plus faible partie[22]. S'il s'élevait des contestations à ce sujet, il appartiendrait aux tribu-

18 L. 1, § 1, *de aqua et aqu. pluv. arc.* (39, 3). Duranton, V, 164. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 265. Demolombe, XI, 36. Civ. rej., 11 décembre 1860, Sir., 61, 1, 633. Cpr. texte et note 7 *supra*.

19 Pardessus, I, 91. Daviel, *op. cit.*, III, 707 et 708. Demolombe, *loc. cit.* Req. rej., 3 août 1843, Sir., 44, 1, 137. Cpr. Rouen, 18 mars 1839 et 7 juin 1841, Sir., 45, 2, 338 à 340.

20 Demolombe, XI, 38. Civ. cass., 8 janvier 1834, Sir., 34, 1, 169.

21 L. 1, §§ 4 et 15, D. *de aqua et aqu. pluv. arc.* (39, 3). Pardessus, I, 83 et 85. Duranton, V, 165. Daviel, *op. cit.*, III, 758. Zachariæ, § 235, texte et note 4. Req. rej., 31 mai 1848, Sir., 48, 1, 716. Voy. aussi : Demolombe, XI, 39. Cet auteur enseigne que le tempérament indiqué au texte doit être admis, même dans le cas où il ne s'agirait plus de travaux nécessaires à la culture, mais de constructions ou autres ouvrages que le propriétaire supérieur voudrait faire exécuter dans son fonds. Cette opinion nous paraît fort contestable. Elle ne se justifie pas par la raison d'utilité générale, tirée de l'intérêt de l'agriculture, sur laquelle est fondée la proposition énoncée au texte. Nous pensons donc que le propriétaire supérieur qui voudrait assainir son fonds pour y élever des constructions, ne serait plus autorisé à invoquer la disposition de l'art. 640, et ne pourrait que réclamer le passage des eaux nuisibles, conformément aux dispositions de la loi du 10 juin 1854. Cpr. cep. Req. rej., 22 janvier 1866, Sir., 66, 1, 68.

22 Delvincourt, I, p. 381. Duranton, V, 166. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, *loc. cit.* Req. rej., 16 février 1832, Sir., 33, 1, 54. Bordeaux, 26 avril 1839, Dalloz, 1839, 2, 177. Req. rej., 27 février 1855, Sir., 56, 1, 397. Voy. cep. Pardessus, I, 86.

naux de prescrire les mesures propres à concilier les intérêts de l'agriculture avec le respect dû à la propriété[23]. Art. 645.

4° La servitude établie par l'art. 640 peut être aggravée, restreinte, ou complétement écartée par l'effet d'une convention, ou de la prescription de trente ans. Elle peut également être modifiée par la destination du père de famille.

La circonstance que l'un des propriétaires intéressés aurait, sans opposition, laissé faire par l'autre des travaux de nature à aggraver, à restreindre, ou à empêcher entièrement l'exercice de la servitude, n'équivaudrait pas à un consentement de sa part, et ne le priverait pas du droit de demander le rétablissement des choses dans leur ancien état, si d'ailleurs ces travaux n'avaient pas trente années d'existence[24].

La prescription suppose toujours des travaux qui ont eu pour résultat de modifier, quant à l'écoulement des eaux, la situation respective des fonds supérieur et inférieur. Elle s'accomplit par trente ans, à partir de l'achèvement de ces travaux.

Le propriétaire inférieur qui se prétend entièrement affranchi ou partiellement libéré de la servitude, est admis à se prévaloir à cet effet de la prescription de trente ans, non-seulement dans le cas où les travaux qui ont modifié à son profit l'écoulement des eaux, ont été faits par lui-même[25], mais encore dans celui où ils se trouvent être l'œuvre du propriétaire supérieur[26].

[23] Demolombe, XI, 42. Req. rej., 16 février 1832, Sir., 33, 1, 54.

[24] *Silentium non est consensus, nisi lex loqui jubeat.* Duranton, V, 173 et 174. Duvergier sur Toullier, II, 510, note *a*, et 514, note *a*. Demolombe, XI, 48. Cpr. en sens contraire, avec certaines distinctions : Daviel, *op. cit.*, I, 369, et II, 694 *bis;* Favard, *Rép.*, v° Servitude, sect. I, § 1, et sect. V; Toullier, III, 500.

[25] Le premier point est admis, même pas les auteurs qui voient dans cette hypothèse une acquisition de servitude sur le fonds supérieur, plutôt qu'une simple extinction de la servitude établie au profit de ce fonds par l'art. 640. Cpr. Duranton, V, 173; Demolombe, XI, 49.

[26] Arg. art. 703, 704 et 707. La citation de ces articles indique qu'à notre avis il s'agit ici d'une véritable prescription extinctive ; et, à ce point de vue, la solution donnée au texte est incontestable, puisque cette prescription n'exige, en général, aucune possession de la part de celui qui l'invoque. La solution que nous avons adoptée ne pourrait faire difficulté, qu'autant qu'on admettrait, avec MM. Duranton et Demolombe (*locc. citt.*), que le propriétaire du fonds inférieur ne peut se libérer de l'obligation de recevoir les eaux découlant du fonds supérieur, qu'en acquérant sur ce fonds une servitude contraire. Mais cette manière de voir ne

§ 241.

Des servitudes relatives à l'irrigation [1].

Trois espèces de servitudes, destinées à faciliter l'irrigation, ont été établies par les lois du 29 avril 1845 et du 11 juillet 1847. Après avoir développé, dans les trois premiers numéros de ce paragraphe, les règles spéciales à chacune de ces servitudes, nous exposerons, sous un quatrième numéro, les dispositions qui leur sont communes.

1° *De la servitude d'aqueduc.*

Aux termes de l'art. 1er de la loi du 29 avril 1845, tout propriétaire qui veut se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, peut obtenir le passage de ces eaux sur les fonds intermédiaires [2], à la charge d'une juste et préalable indemnité.

Cette disposition comprend par sa généralité les eaux de toute espèce. Elle s'applique donc : aux eaux amenées à la surface du sol par des moyens artificiels, tels qu'un puits artésien, comme à celles qui jaillissent naturellement ; aux eaux dérivées d'un cours d'eau naturel formant ou non dépendance du domaine public, tout aussi

nous paraît pas exacte. Elle est aussi contraire à la disposition spéciale de l'art. 640, qu'au principe général d'après lequel tout propriétaire est libre de faire sur son fonds les ouvrages destinés à le garantir. Si, contrairement à ce principe, les propriétaires inférieurs sont tenus de recevoir les eaux découlant des fonds supérieurs, sans qu'il leur soit permis de mettre obstacle à leur écoulement, ce ne peut être que par l'effet d'une servitude établie à leur détriment, servitude dont ils doivent pouvoir s'affranchir par la prescription, conformément au Droit commun.

[1] Voy. sur cette matière : *Commentaire de la loi du 29 avril 1845*, par Devilleneuve, *Lois annotées*, 1845, p. 31. *Commentaire de la loi du 29 avril 1845 sur les irrigations*, par Garnier ; Paris 1845, broch. in-8°. *Commentaire de la loi du 29 avril 1845*, par Daviel; Paris 1845, broch. in-8°. *Dissertation sur la loi du 29 avril 1845*, par Esquirou de Parieu, *Revue de législation*, 1845, III, p. 5. *Commentaire de la loi du 11 juillet 1847 sur les irrigations*, par Devilleneuve, *Lois annotées*, 1847, p. 82. *Code des irrigations*, par Bertin ; Paris 1852, 1 vol. in-8°. *Dissertation sur l'irrigation*, par Ballot, *Revue pratique*, 1858, V, p. 49 et suiv.

[2] Cette faculté n'emporte pas celle de se rendre copropriétaire ou communiste d'un canal déjà existant sur les fonds intermédiaires. Nîmes, 15 février 1855, Sir., 55, 2, 379. Cpr. Belfort, 15 janvier 1861, Sir., 61, 2, 457.

bien qu'à celles qui proviennent de réservoirs, d'étangs, ou de canaux appartenant à des particuliers ; enfin, aux eaux de pluie ou de neige [3].

La servitude d'aqueduc, qui ne peut être réclamée que par le propriétaire des fonds à irriguer [4], est subordonnée au concours de deux conditions.

Il faut, en premier lieu, que celui qui veut l'exercer, ait le droit de disposer des eaux pour lesquelles le passage est demandé.

Mais il importe peu à quel titre ce droit lui appartient : que ce soit comme propriétaire d'une source, d'un réservoir, ou d'un étang ; ou bien comme usager, en vertu de l'art. 644, des eaux d'un ruisseau ou d'une petite rivière qui borde ou qui traverse sa propriété ; ou enfin en qualité de concessionnaire de l'administration, ou d'un particulier ayant lui-même le droit de disposer des eaux. Cette dernière proposition, dont l'application ne présente aucune difficulté quand le passage est demandé par le propriétaire même des eaux, nécesite quelques développements pour les autres hypothèses qui s'y trouvent comprises.

Celui dont la propriété est bordée ou traversée par un cours d'eau naturel qui ne forme point une dépendance du domaine public, est incontestablement autorisé à demander, pour l'irrigation de ses propriétés non riveraines, le passage des eaux dont il a l'usage, lorsqu'il peut les dériver au moyen d'ouvrages établis sur un fonds riverain qui lui appartient [5]. Mais si, par suite de l'élévation

[3] Garnier, p. 4. Demante, *Cours*, II, 495 *bis*, II. Demolombe, XI, 206. Agen, 7 février 1856, Sir., 56, 2, 118. Req. rej., 9 février 1857, Sir., 59, 1, 500. Colmar, 3 février 1863, Sir., 64, 2, 37. Bordeaux, 1er août 1864, Sir., 64, 2, 286.

[4] Et non par le fermier de ces fonds, ni même par l'usufruitier, dont la jouissance, comme celle du fermier, n'est que temporaire. De Parieu, p. 17. Bertin, p. 64. Voy. cep. Demolombe, XI, 205.

[5] C'était autrefois un point controversé, que celui de savoir si le riverain d'un cours d'eau naturel, non compris dans le domaine public, pouvait, pour l'irrigation de ses propriétés non riveraines, disposer des eaux dont il avait l'usage comme riverain ; et la négative était assez généralement admise. Voy. Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1426 ; Duranton, V, 235 ; Daviel, *Des cours d'eau*, II, 587. Mais les travaux préparatoires de la loi du 29 avril 1845 établissent nettement que c'est dans le sens de la solution affirmative que l'art. 1er de cette loi a été rédigé. Aussi ce point ne fait-il plus aujourd'hui difficulté. Voy. *Rapport* de M. Dalloz à la Chambre des députés, Sir., *Lois annotées*, 1845, p. 32, col. 1 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 273 ; Garnier, p. 12 ; Demante, *Cours*, II,

des berges ou de toute autre cause, il se trouvait dans l'impossibilité de faire la prise d'eau sur son fonds, il ne pourrait pas, à raison de cette circonstance, l'établir sur un terrain situé en amont, sans le consentement du propriétaire de ce terrain, ni par conséquent réclamer, en l'absence de ce consentement, le passage des eaux pour irriguer un fonds inférieur même riverain [6].

Celui qui a valablement acquis d'un particulier le droit de disposer de certaines eaux, peut également demander le passage de ces eaux pour les amener sur ses propriétés. Le droit de faire de pareilles concessions appartient non-seulement au propriétaire des eaux, mais encore à celui qui n'en a que l'usage en vertu de l'art. 644 ; et la concession émanée de ce dernier peut avoir lieu, même au profit de propriétaires non riverains du cours d'eau [7].

498 *bis*, III ; Bertin, nos 29 et suiv.; Demolombe, XI, 150 et suiv., et 210; Civ. rej., 8 novembre 1854, Sir., 55, 1, 49; Lyon, 15 novembre 1854, Sir., 55, 2, 78; Colmar, 9 avril 1861, Sir., 61, 2, 457. Lyon, 15 février 1865, Sir., 66, 2, 18. Cpr. aussi : Civ. cass., 14 mars 1849, Sir., 49, 1, 323. La seule question qui ait été soulevée dans ces derniers temps, est celle de savoir pour quel volume d'eau le passage peut en pareil cas être demandé. Cpr. à cet égard : texte et note 13 *infra*.

[6] L'art. 644 accorde bien à tout riverain, le droit de se servir des eaux à leur passrge devant sa propriété, mais nullement celui de s'en emparer au moyen d'une prise d'eau établie sur un fonds supérieur dont il n'est pas propriétaire ; et un pareil droit ne saurait s'induire de la loi du 29 avril 1845, qui se borne à concéder une servitude d'aqueduc, sans modifier, quant à l'usage des eaux, les règles posées par le Code Napoléon. Demolombe, XI, 213. Montpellier, 17 février 1852, Sir., 53, 2, 17 et 21. Angers, 7 décembre 1853, Sir., 54, 2, 337. Req. rej., 15 novembre 1854, Sir., 55, 1, 446. Voy. en sens contraire : Daviel, *Commentaire*, p. 24 et 25, no 13; De Parieu, *Revue de législation*, 1845, III, p. 27 à 32.

[7] En vain a-t-on voulu soutenir que l'usage des eaux dont on jouit en vertu de l'art. 644, n'est pas susceptible d'être cédé, parce qu'il constitue un avantage inhérent aux fonds riverains, et ne peut en être séparé pour être appliqué à d'autres fonds. Cette objection, qui, sous l'empire même du Code Napoléon, n'avait qu'une valeur très-contestable, puisque le droit d'usage dont il s'agit ne constitue pas une véritable servitude dans le sens de l'art. 637, s'est trouvée complétement écartée par la loi du 29 avril 1845, qui, en accordant à tout propriétaire riverain la faculté de demander, pour l'irrigation de ses fonds plus ou moins éloignés, le passage des eaux dont il a le droit de disposer, a par cela même reconnu que l'usage de ces eaux n'était pas exclusivement et limitativement attaché aux fonds bordant le cours d'eau. Cela posé, il n'y a plus aucune raison pour refuser au propriétaire riverain, le droit de céder à un tiers non rive-

La faculté de demander le passage des eaux appartient encore à celui qui, ayant recueilli dans son fonds des eaux découlant d'une voie publique, veut s'en servir pour irriguer une propriété plus éloignée [8].

Enfin elle compète à celui qui a obtenu de l'administration la concession d'une prise d'eau sur une rivière navigable ou flottable, peu importe qu'il soit ou non propriétaire du fonds sur lequel la prise d'eau devra être établie [9].

rain, l'usage des eaux dont il pourrait lui-même se servir pour l'irrigation de fonds plus éloignés ; et l'on doit d'autant moins hésiter à admettre la légalité d'une pareille cession, que le système contraire restreindrait singulièrement l'application de la loi du 29 avril 1845. Voy. en ce sens : Les explications données par M. Dalloz, lors de la discussion de la loi du 11 juillet 1847, Sir., *Lois annotées*, 1847, p. 84; Garnier, p. 11; Demante, *Cours*, II, 498 *bis*, II; Demolombe, XI, 151 et 211. Cpr. Nîmes, 6 décembre 1852, Sir., 53, 2, 17; Civ. rej., 28 novembre 1854, Sir., 55, 1, 744; Agen, 7 février 1856, Sir., 56, 2, 18. Voy. en sens contraire : De Parieu, p. 46; Ballot, p. 60 à 62, n° 20; Montpellier, 17 février 1852, Sir., 53, 2, 17 et 21.

8 Daviel, *Commentaire*, p. 14. Jousselin, *op. cit.*, I, 326. Demolombe, XI, 208. Agen, 7 février 1856, Sir., 56, 2, 118. Req. rej., 9 février 1857, Sir., 59, 1, 500. Colmar, 8 février 1863, Sir., 64, 2, 37.

9 Voy. arrêté du 19 ventôse an VI. Les art. 9 et 10 de cet arrêté reconnaissent formellement à l'administration, le droit d'accorder des prises d'eau sur les rivières navigables ou flottables. Il en résulte que le concessionnaire d'une pareille prise d'eau remplit la condition exigée par l'art. 1er de la loi du 29 avril 1845, puisqu'il a valablement obtenu le droit de disposer des eaux qu'on lui a permis de dériver. En vain objecte-t-on que, n'étant pas riverain, il devra établir, sur un terrain dont il n'est pas propriétaire, une prise d'eau qui nécessitera presque toujours certains travaux, et qu'en lui permettant de les exécuter, on créerait une seconde servitude à côté de celle d'aqueduc, qui seule a été admise par la loi précitée. Cette objection est à notre avis sans portée. Il est en effet certain que les termes *sur les propriétés intermédiaires*, comprennent tous les fonds qui séparent les eaux dont on a le droit de disposer, des héritages vers lesquels on veut les conduire, et qu'ainsi le concessionnaire des eaux à dériver d'une rivière navigable ou flottable, est autorisé à les faire passer sur le fonds riverain où la prise d'eau doit avoir lieu comme sur tous les autres. Que si, pour l'usage de son droit, ce concessionnaire se trouve dans la nécessité d'établir certains ouvrages permanents, tels qu'une écluse, ces ouvrages, loin de constituer une servitude nouvelle et distincte de celle d'aqueduc, ne seront que des moyens de faciliter et de régler l'exercice de cette dernière, et rentreront comme tels sous l'application de l'art. 697. Voy. aussi : texte n° 3 et note 22 *infra*. De Parieu, p. 21. Voy. en sens contraire : Demolombe, XI, 212; Ballot, *loc. cit.*

La seconde condition à laquelle se trouve subordonnée la servitude d'aqueduc, est que les eaux pour lesquelles on demande le passage, soient destinées à l'irrigation.

Cette servitude ne s'applique donc pas au passage des eaux qui seraient affectées à des usages domestiques ou industriels [10]. Mais, quand il s'agit d'eaux devant servir à l'irrigation, la servitude a lieu, quelle que soit la nature physique des fonds dans l'intérêt desquels elle est réclamée, et quel que soit le mode d'arrosage [11].

Le concours des deux conditions qui viennent d'être indiquées ne suffit pas pour emporter *ipso facto* l'établissement de la servitude d'aqueduc. Il appartient aux tribunaux, saisis de la demande tendant à obtenir le passage des eaux, d'examiner si l'opération d'irrigation projetée présente un caractère sérieux d'utilité; ils pourraient et devraient même rejeter une pareille demande, si les avantages à retirer de cette opération, n'étaient point en proportion avec les inconvénients qui résulteraient de la servitude [12].

Il appartient également aux tribunaux de déterminer, eu égard aux besoins de l'irrigation, le volume d'eau pour lequel le passage peut être demandé. Ils sont autorisés à l'accorder, dans l'hypothèse d'une prise d'eau établie en vertu de l'art. 644, pour un volume d'eau supérieur à celui qui serait nécessaire à l'irrigation du fonds où elle est pratiquée, sauf, bien entendu, les droits des autres riverains [13].

10 Garnier, p. 9. Bertin, p. 264 et suiv. Demolombe, XI, 205. Toutefois, le passage pourrait être accordé pour des eaux qui ne seraient pas exclusivement affectées à l'irrigation, et qui serviraient en même temps au roulement d'une usine. Req. rej., 29 juin 1859, Sir., 59, 1, 766.

11 Garnier et Demolombe, *locc. citt.* Cpr. Civ. rej., 20 décembre 1853, Sir., 54, 1, 250.

12 C'est pour consacrer le pouvoir discrétionnaire des tribunaux quant à l'établissement même de la servitude, que, sur la demande de M. Pascalis, on a, dans la rédaction définitive de l'art. 1er de la loi du 29 avril 1845, substitué les mots *pourra obtenir* aux termes *pourra réclamer*, qui figuraient dans la proposition de M. d'Angeville. Sir., *Lois annotées*, 1845, p. 32, col. 2. Demolombe, XI, 204. Cpr. Lyon, 15 février 1865, Sir., 66, 2, 18.

13 En d'autres termes, les propriétaires des fonds intermédiaires ne peuvent pas, afin de faire réduire le volume d'eau pour lequel le passage est demandé, se prévaloir des droits des autres riverains, qui ne s'opposeraient pas à la prise d'eau telle qu'elle a été pratiquée. Cpr. Civ. rej., 8 novembre 1854, Sir., 55, 1, 49; Lyon, 15 novembre 1854, Sir., 55, 2, 78; Colmar, 9 avril 1861, Sir., 61, 2, 457.

Les propriétaires des fonds sur lesquels l'aqueduc est établi, n'ont pas le droit de se servir des eaux, à leur passage, pour l'irrigation de leurs propres héritages [14].

2° *De la servitude d'écoulement des eaux d'irrigation.*

Suivant l'art. 2 de la loi du 29 avril 1845, les propriétaires des fonds inférieurs sont assujettis [15] à recevoir les eaux naturelles ou artificielles qui s'écoulent des terrains supérieurs, dans lesquels elles ont été amenées pour les besoins de l'irrigation [16]; et cela, dans le cas même, où dérivées d'un cours d'eau, il ne serait pas possible de les y ramener [17].

Cette servitude n'est pas une simple extension de celle qui se trouve établie par l'art. 640, mais constitue une servitude nouvelle et spéciale [18].

Elle n'est accordée, comme la servitude d'aqueduc, que moyennant une juste et préalable indemnité, pour la fixation de laquelle on doit prendre en considération les avantages que les propriétaires inférieurs pourront retirer des eaux qu'ils sont tenus de recevoir [19].

[14] L'amendement que M. Joly avait proposé en sens contraire, n'a pas été adopté par la Chambre des députés. Devilleneuve, *Lois annotées*, 1845, p. 32, col. 3. De Parieu, p. 48 et suiv. Garnier, p. 26. Bertin, n° 328. Demolombe, XI, 214. Ballot, p. 63, n° 23. Cpr. L. 33, § 1, D. *de serv. præd. rust.* (8, 3).

[15] A la différence de la servitude d'aqueduc, dont l'établissement même est subordonné à l'appréciation du juge (cpr. texte n° 1 et note 12 *supra*), la servitude d'écoulement des eaux d'irrigation existe de plein droit, et le règlement seul en appartient aux tribunaux.

[16] Telle est l'idée que le législateur paraît avoir voulu exprimer par les termes *qui s'écouleront des terrains ainsi arrosés*. Bordeaux, 1er avril 1864, Sir., 64, 2, 286. S'il s'agissait d'eaux arrivées naturellement et sans le fait de l'homme sur les fonds irrigués, on ne se trouverait plus dans l'hypothèse que prévoit l'art. 2 de la loi du 29 avril 1845; et l'on retomberait sous l'application de l'art. 640 du Code Nap. Cpr. § 240, texte et notes 21 à 23.

[17] C'est évidemment à tort que la Cour de Metz a décidé le contraire, par arrêt du 5 juin 1866 (Sir., 67, 2, 228), en soumettant l'application de l'art. 2 de la loi du 29 avril 1845, à la condition que le passage des eaux qui ont servi à l'irrigation, soit réclamé pour les rendre à leurs cours primitif.

[18] Devilleneuve, *Lois annotées*, 1845, p. 33, col. 3.

[19] C'est pour faire ressortir cette idée, qu'au lieu de dire, comme l'art. 1er, *à la charge d'une juste et préalable indemnité*, l'art. 2 porte : *sauf l'indemnité qui pourra leur être due*. Demolombe, XI, 216. Ballot, p. 63, n° 24.

D'un autre côté, la servitude dont il est ici question frappe non-seulement, comme au cas de l'art. 640, les fonds sur lesquels les eaux s'écouleraient par la pente naturelle du terrain, mais tous les fonds inférieurs, en ce sens que, suivant les circonstances dont l'appréciation est laissée aux tribunaux, elles peuvent être dirigées sur des fonds qui ne les recevraient pas naturellement[20].

Enfin, à la différence de ce qui a lieu dans l'hypothèse prévue par l'art. 640, le propriétaire des terrains irrigués peut être astreint à faire, à ses frais, sur les fonds inférieurs, les travaux nécessaires pour diminuer autant que possible le dommage résultant de l'écoulement des eaux[21].

3° *De la servitude d'appui.*

Aux termes de l'art. 1er de la loi du 11 juillet 1847, tout propriétaire qui veut se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, peut obtenir la faculté d'appuyer, sur la propriété du riverain opposé, les ouvrages d'art nécessaires à sa prise d'eau.

Cette disposition, dont l'objet a été de compléter la loi du 29 avril 1845, en donnant à celui qui a le droit de faire une prise d'eau, le moyen de l'exercer d'une manière efficace, par la construction d'un barrage destiné à élever le niveau des eaux, parait cependant n'avoir eu en vue que les cours d'eau naturels qui ne forment pas des dépendances du domaine public. Elle n'accorde le droit d'appui que sur la rive opposée à celle où se fait la prise d'eau, et non sur les deux rives, parce qu'elle suppose la dérivation pratiquée par un riverain ou par son concessionnaire, qui, comme tels, et sauf les droits des autres riverains, sont autorisés à faire de leur côté toute espèce de travaux[22].

[20] Il résulte, en effet, de l'art. 4 de la loi du 29 avril 1845, que c'est aux tribunaux qu'il appartient, en cas de contestation, de régler le parcours des eaux. Garnier, p. 26. Bertin, n° 353. Demolombe, XI, 219. Ballot, p. 63, n° 22.

[21] Daviel, p. 28. Demolombe, XI, 218. Ballot, p. 63, n° 22.

[22] M. Pascalis avait demandé que le droit d'appui fût accordé sur les deux rives, en alléguant que l'on pouvait, par une concession de l'administration, obtenir le droit de disposer des eaux des rivières, formant ou non des dépendances du domaine public, sans être riverain ni d'un côté ni de l'autre. Cette allégation se justifiait sans doute, en ce qui concerne les rivières navigables ou flottables, par les art. 9 et 10 de l'arrêté du 19 ventôse an VI. Mais elle était, à coup sûr, très-contestable, quant aux cours d'eau qui ne forment pas des dépendances du

La servitude d'appui, de même que la servitude d'aqueduc, ne peut être réclamée que pour l'irrigation[23], et moyennant une juste et préalable indemnité. D'un autre côté, elle peut l'être, à l'instar de cette dernière, quelle que soit la nature des fonds à irriguer, et quel que soit le mode d'irrigation ou d'arrosage[24]. Enfin, comme en matière de servitude d'aqueduc, les tribunaux jouissent, quant à l'établissement de la servitude d'appui, d'un pouvoir discrétionnaire, en vertu duquel ils sont autorisés à rejeter la demande tendant à l'exercice d'une pareille servitude, lorsque cette demande n'est pas justifiée par un intérêt sérieux d'irrigation, ou qu'elle ne pourrait être accueillie qu'au grand détriment des propriétés du voisinage[25].

domaine public, puisque l'usage en est réservé aux riverains, et que l'administration n'a, sur ces cours d'eau, qu'un droit de police et de direction. Aussi la proposition de M. Pascalis fût-elle vivement combattue ; et le ministre des travaux publics, sans abandonner formellement le droit pour l'administration de concéder des prises d'eaux sur des rivières non navigables ni flottables, déclara cependant qu'il n'avait jamais fait des concessions de ce genre. En présence de cette déclaration, la Commission, par l'organe de M. Dalloz, proposa, à une grande majorité, le rejet de l'amendement de M. Pascalis, comme n'offrant qu'un très-minime intérêt pratique, et ses conclusions furent adoptées par la Chambre des députés. *Lois annotées*, 1847, p. 82 à 84. De l'ensemble de cette discussion il ressort évidemment, qu'on n'a eu en vue que les concessions de prises d'eau dans des rivières qui ne font pas partie du domaine public, et qu'on ne s'est point occupé de celles qui seraient consenties sur des rivières navigables ou flottables. Si de pareilles concessions avaient eu lieu, avec autorisation de construire un barrage pour faciliter la prise d'eau, le concessionnaire, ne fut-il riverain d'aucun côté, serait, à notre avis, en droit d'appuyer son barrage sur les deux rives qui, tout au moins dans leurs talus, sont à considérer comme formant, aussi bien que la rivière elle-même, des dépendances du domaine public. Voy. en sens contraire : Ballot, p. 64 et 65, n° 29.

23 Demolombe, XI, 228. Ballot, p. 64, n° 28.

24 Demolombe, XI, 288 *bis*. Civ. rej., 20 décembre 1853, Sir., 54, 1, 250.

25 La rédaction de MM. d'Angeville et de La Farelle, auteurs de la proposition d'où est sortie la loi du 11 juillet 1847, portait : « Tout propriétaire qui voudra se servir... *pourra appuyer*... » Mais la Commission chargée de l'examen de cette proposition ne voulut point admettre le droit d'appui d'une manière aussi absolue ; et, pour réserver en cette matière le pouvoir discrétionnaire des tribunaux, elle substitua aux mots ci-dessus soulignés, les termes *pourra obtenir d'appuyer*, qui se retrouvent, sauf une insignifiante variante, dans la rédaction définitive de l'art. 1er de la loi du 11 juillet 1847. *Lois annotées*, 1847, p. 82, col. 2.

La servitude d'appui diffère de la servitude d'aqueduc, en ce que les propriétaires des fonds sur lesquels s'exerce le passage des eaux, ne sont pas admis à en user pour l'irrigation des propriétés qu'elles traversent, tandis que le riverain sur le fonds duquel l'appui est réclamé ou a été pratiqué, peut toujours demander l'usage commun du barrage, à charge de contribuer pour moitié aux frais d'établissement et d'entretien. Lorsqu'il exerce cette faculté, aucune indemnité n'est respectivement due, et il est tenu de restituer celle qu'il a reçue. Il devrait de plus, si l'usage commun n'était réclamé que depuis le commencement ou l'achèvement des travaux, supporter seul l'excédant de dépense qu'entraîneraient les changements à faire au barrage, pour le rendre propre à l'irrigation des deux rives. Loi du 11 juillet 1847, art. 2.

Les riverains qui profitent de la surélévation des eaux produite par le barrage, n'ont, à raison de cette seule circonstance, aucune indemnité ni contribution à payer à celui qui l'a fait construire. Il en est même ainsi du propriétaire du fonds sur lequel s'exerce la servitude d'appui, lorsqu'il ne réclame pas l'usage commun du barrage[26].

4° *Dispositions communes aux trois servitudes qui viennent d'être expliquées.*

a. Les bâtiments[27], les cours et jardins attenant aux habitations, sont affranchis des trois servitudes d'aqueduc, d'écoulement, et d'appui. Les parcs et enclos attenant aux habitations, sont également affranchis des deux premières de ces servitudes; mais ils restent soumis à la troisième[28].

[26] C'est ce qui résulte nettement de l'adoption d'un amendement de M. Creton, à la demande duquel on substitua la rédaction qui a définitivement passé dans la loi, aux mots : « pourra toujours demander à profiter du barrage pour employer « les eaux dont il a le droit de jouir à l'irrigation de ses propriétés », qui figuraient dans la proposition de MM. d'Angeville et de La Farelle. *Lois annotées*, 1847, p. 86, col. 1 et 2. Bertin, n°s 414 à 421. Demolombe, XI, 232. Ballot, n° 31.

[27] La loi du 29 avril 1845, relative aux servitudes d'aqueduc et d'écoulement, ne parle que *des maisons*, tandis que la loi du 11 juillet 1847, concernant la servitude d'appui, se sert du terme plus général de *bâtiments*. Telle est aussi l'expression que nous avons employée dans notre rédaction, par le motif que si les bâtiments de toute nature sont affranchis de la servitude d'appui, qui est bien moins onéreuse que celles d'aqueduc et d'écoulement, à plus forte raison doivent-ils être exemptés de ces dernières. Dumay sur Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1452. Garnier, p. 25. Demolombe, XI, 224.

[28] Loi du 29 avril 1845, art. 1er, al. 2, et art. 2, al. 2. Loi du 11 juillet 1847, art. 1, al. 2.

L'exemption dont jouissent, quant à la servitude d'appui, les bâtiments et les cours ou jardins attenant aux habitations, ne s'applique qu'à l'hypothèse où il s'agit d'un barrage à établir, et non à celle où le riverain sur le fonds duquel se trouve appuyé un barrage déjà construit, demande à en acquérir la copropriété[29].

b. Les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'établissement et l'exercice des servitudes relatives à l'irrigation, ne sont du ressort, ni de l'administration, ni de la juridiction administrative, mais de celui des tribunaux de première instance et des cours impériales, qui doivent, en statuant sur ces difficultés, concilier l'intérêt de l'opération avec le respect dû à la propriété. La procédure est sommaire; et, s'il y a lieu à expertise, il peut n'être nommé qu'un seul expert[30].

c. Les dispositions des lois du 29 avril 1845 et du 11 juillet 1847 n'ont apporté aucune dérogation aux règles du Code Napoléon sur la propriété ou l'usage des eaux[31], ni à celles qui ont pour objet la police des eaux[32].

§ 242.

Des servitudes concernant l'écoulement artificiel à procurer aux eaux nuisibles[1].

1° En vertu de l'art. 3 de la loi du 29 avril 1845, le propriétaire d'un terrain submergé en tout ou en partie peut, dans le but de procurer un écoulement aux eaux, obtenir la faculté de les faire passer, au moyen de fossés ou d'autres ouvrages, à travers les propriétés qui séparent son fonds d'un cours d'eau, ou de toute autre voie d'écoulement[2].

29 Demolombe, XI, 232 *bis*. Civ. rej., 20 décembre 1853, Sir., 54, 1, 250.

30 Loi du 29 avril 1845, art. 4. Loi du 11 juillet 1847, art. 3.

31 C'est un point qui a été généralement reconnu dans tout le cours de la discussion de ces deux lois.

32 Loi du 29 avril 1845, art. 5. Loi du 11 juillet 1847, art. 4.

1 Voy. sur cette matière : *Commentaire de la loi du 10 juin 1854*, par Devilleneuve, *Lois annotées*, 1854, p. 82 et suiv. *Guide légal du draineur*, par Bourguignat; Paris 1854, in-8°. *Commentaire de la loi du 10 juin 1854*, par Garnier; Paris 1854, in-8°. *Dissertation sur le drainage*, par Ballot, *Revue pratique*, 1858, V, p. 406 et suiv.

2 En disant : « La même faculté pourra être accordée *sur les fonds intermédiaires* », l'art. 3 de la loi du 29 avril 1845 s'est servi d'une locution qui manque de précision. Notre rédaction, qui exprime d'une manière plus nette la pensée du législateur, a été empruntée à la loi du 10 juin 1854 sur le drainage.

Cette faculté peut être accordée, quelles que soient l'origine et la nature des eaux pour lesquelles le passage est demandé. Ainsi elle peut l'être, même pour les eaux amenées à la surface du sol par le forage d'un puits, et pour les eaux plus ou moins corrompues provenant d'un établissement industriel[3].

Tout ce qui a été dit, au paragraphe précédent, sur le pouvoir discrétionnaire des tribunaux quant à l'établissement même de la servitude d'aqueduc, sur les héritages qui en sont exemptés, ainsi que sur l'indemnité due aux propriétaires des fonds assujettis, s'applique à la servitude d'écoulement dont il est ici question.

2° Le principe posé dans l'art. 3 de la loi du 29 avril 1845, a été développé et complété par la loi du 10 juin 1854, *sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage.*

Aux termes de l'art. 1er de cette loi, «Tout propriétaire qui veut « assainir son fonds par le drainage, ou un autre mode d'asséche- « ment, peut, moyennant une juste et préalable indemnité, en con- « duire les eaux, souterrainement ou à ciel ouvert, à travers les « propriétés qui séparent ce fonds d'un cours d'eau ou de toute « autre voie d'écoulement. »

Il résulte de la généralité des termes de cet article, que le passage des eaux peut être réclamé par tout propriétaire, qui veut, n'importe dans quel but, assainir son fonds, en le débarrassant d'eaux nuisibles. Il pourrait donc l'être, non-seulement dans l'intérêt de l'exploitation agricole du fonds, mais encore pour faciliter l'extraction des tourbes, des pierres, ou des minéraux qu'il renferme[4]. Par la même raison, le passage ne saurait être refusé, sous le prétexte que les travaux d'assainissement ne doivent être entrepris que dans le but d'élever des constructions sur le fonds assaini.

Il suit également de la rédaction de l'article précité, qu'à la différence de la servitude dont il a été parlé sous le n° 1 de ce paragraphe, et de celles d'aqueduc ou d'appui, la servitude de passage pour les eaux provenant du drainage existe de plein droit,

[3] Demante, *Cours*, II, 498 *bis*, VI. Demolombe, XI, 222 et 223. Ballot, p. 411, n° 39.

[4] Garnier, p. 17. Civ. cass., 14 décembre 1859, Sir., 60, 1, 466. Voy. en sens contraire : Devilleneuve, *Lois annotées*, 1854, p. 112, col. 2; Demolombe, XI, 236 *bis*. Il est vrai que, dans le cours de la discussion de la loi du 10 juin 1854, on a principalement fait valoir l'intérêt de l'agriculture. Mais cette circonstance n'est pas un motif suffisant pour apporter à l'application de cette loi, des restrictions qui seraient contraires à la généralité de ses termes.

en ce sens que les tribunaux ne peuvent en refuser l'établissement, par le motif que les avantages de l'opération ne seraient pas en rapport avec les inconvénients qu'entraînerait, pour les propriétés traversées, l'exercice de la servitude[5].

Mais il est bien entendu que le passage ne peut être réclamé qu'à la condition de procurer aux eaux, un écoulement suffisant pour les empêcher de rester stagnantes, et qu'ainsi les tribunaux pourraient et devraient rejeter la demande, si les ouvrages projetés n'étaient pas de nature à atteindre ce but[6].

Du reste, les bâtiments et les cours, jardins, parcs, ou enclos attenant aux habitations, sont affranchis de la servitude dont il est ici question. Loi précitée, art. 1er, al. 2.

Les propriétaires des fonds traversés, ou même simplement voisins, ont la faculté de se servir, pour l'écoulement des eaux de leurs fonds, des travaux de drainage faits par un autre propriétaire. La loi les soumet expressément, dans ce cas, à l'obligation de supporter : 1° une part proportionnelle dans la valeur des travaux dont ils profitent ; 2° les dépenses résultant des modifications que l'exercice de cette faculté peut rendre nécessaires ; 3° et, pour l'avenir, une part contributive dans l'entretien des travaux devenus communs. Loi précitée, art. 2. Mais cette disposition n'est point conçue dans un sens restrictif ; et les motifs d'équité sur lesquels elle est fondée, doivent faire décider que toute personne qui veut se servir des travaux faits par l'entrepreneur du drainage, n'y est admise que sous la condition de restituer l'indemnité qu'elle peut avoir reçue, et de contribuer à celles qui auraient été payées à des propriétaires plus éloignés.

[5] En effet, tandis que les articles premiers des lois du 29 avril 1845 et du 11 juillet 1847 portent : « Tout propriétaire *pourra obtenir* le passage des eaux,.... « la faculté d'appuyer ses ouvrages sur la propriété du riverain opposé », l'art. 1er de la loi du 10 juin 1854 dit : Tout propriétaire *peut conduire* les eaux. Demolombe, XI, 236. Bourguignat, p. 14. Voy. cep. Garnier, p. 18. Cpr. aussi : Req. rej., 1er juin 1863, Sir., 64, 1, 279. Il serait assez difficile de donner une raison suffisante pour justifier la différence que nous venons de signaler ; et l'on ne peut s'empêcher de regretter qu'il n'existe pas, sous ce rapport, une harmonie complète entre les dispositions des lois de 1845, 1847 et 1854. Ce défaut d'harmonie se rencontre également en ce qui concerne les juridictions auxquelles est attribuée la connaissance des contestations que peut soulever l'application de ces lois.

[6] Ballot, p. 413, n° 43.

Les associations de propriétaires qui veulent, au moyen de travaux d'ensemble, assainir leurs propriétés par le drainage ou tout autre mode d'asséchement, sont, comme tout propriétaire agissant isolément, autorisées à invoquer le bénéfice de l'art. 1er de la loi du 10 juin 1854. Ces associations peuvent, sur leur demande, être constituées en syndicats par arrêtés préfectoraux; et, dans ce cas, les travaux qu'elles voudraient exécuter sont, comme ceux des communes ou des départements, susceptibles d'être déclarés d'utilité publique par décret rendu en Conseil d'État. Loi précitée, art. 3 et 4, al. 1.

Les contestations auxquelles peuvent donner lieu le mode d'établissement et l'exercice de la servitude, la fixation du parcours des eaux, l'exécution des travaux de drainage ou d'asséchement, les indemnités et les frais d'entretien, sont, en premier ressort, de la compétence du juge de paix du canton, qui doit, en prononçant sur les difficultés dont il est saisi, concilier les intérêts de l'opération avec le respect dû à la propriété. Loi précitée, art. 5. Que s'il s'agissait d'indemnités réclamées, non pas seulement à raison de l'exercice de la servitude, mais pour cause d'expropriation prononcée dans l'intérêt de travaux déclarés d'utilité publique, elles devraient être réglées conformément à l'art. 16 de la loi du 21 mai 1836. Loi précitée, art. 4, al. 2.

§ 243.

De la servitude de passage pour cause d'enclave.

Le propriétaire d'un fonds enclavé est autorisé à réclamer, pour l'exploitation de ce fonds, un passage sur les héritages voisins, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage que causera l'exercice de cette servitude[1]. Art. 682.

Le passage peut être réclamé par l'usufruitier ou l'usager, aussi bien que par le propriétaire[2].

[1] L'origine de cette servitude se trouve dans la loi *si quis sepulchrum* (L. 12, D. *de rel. et sumpt. fun.*, 9, 7), dont les dispositions ont été, sous notre ancien Droit, étendues à tous les fonds enclavés. Cpr. *Dissertation*, par Le Gentil, *Revue pratique*, 1861, XI, p. 113.

[2] Si l'usufruitier ne peut réclamer la servitude d'aqueduc (cpr. § 241, note 4), la raison en est que cette servitude n'est pas fondée sur une nécessité absolue, et qu'en lui en refusant l'exercice, on ne le prive pas de la possibilité de jouir du fonds soumis à son droit, dans l'état où il l'a reçu. Tandis que l'usufruitier d'un

Mais il ne pourrait l'être par un simple fermier, sauf à celui-ci à s'adresser au propriétaire pour se le faire procurer [3].

On doit considérer comme enclavés, non-seulement les fonds qui sont privés de toute issue sur la voie publique, mais encore ceux qui n'ont pas une issue suffisante pour leur exploitation [4].

Un fonds séparé de la voie publique par un cours d'eau sur lequel il n'existe ni pont ni bac, est à considérer comme enclavé [5], à moins que ce cours d'eau ne soit guéable en tout temps [6]. Il en est de même du fonds qui n'a d'issue que sur un chemin de halage, exclusivement destiné aux besoins de la navigation [7].

Mais les inconvénients et les difficultés que présenterait le passage par l'issue existante, ne suffiraient pas pour faire envisager le fonds comme enclavé [8]. Il y a mieux, un fonds, même actuelle-

fonds enclavé serait, à défaut de passage, placé dans l'impossibilité d'exploiter ce fonds. Or, comme son droit de jouissance constitue un droit réel, il est, de son propre chef, autorisé à faire lever les obstacles qui s'opposent à son exercice. Jousselin, *Des servitudes d'utilité publique*, II, p. 549. Hennequin, II, 472. Demolombe, XII, 600. Zachariæ, § 246, texte et note 1re. Amiens, 23 mars 1813, Sir., 14, 2, 98.

[3] Solon, n° 316. Demolombe, *loc. cit.* Cpr. cep. Amiens, 25 mai 1813, Sir., 14, 2, 98.

[4] Le but de l'art. 682 est de rendre possible l'exploitation des fonds enclavés. En indiquant, comme constitutive de l'enclave, l'absence de toute issue sur la voie publique, le législateur n'a pu considérer, comme une issue, celle qui serait insuffisante pour l'exploitation du fonds. Demolombe, XII, 610. Zachariæ, § 246, note 2. Civ. cass., 16 février 1835, Sir., 35, 1, 806. Cpr. Req. rej., 8 mars 1852, Sir., 52, 1, 314. — Voy. aussi sur l'hypothèse où la voie publique à laquelle aboutit un fonds, se trouverait impraticable : Req. rej., 23 août 1827, Sir., 28, 2, 111.

[5] Merlin, *Rép.*, v° Voisinage, § 4, n° 4. Favard, *Rép.*, v° Servitudes, sect. II, § 7, n° 1. Demolombe, XII, 609. Zachariæ, *loc. cit.* Amiens, 19 mars 1824, Sir., 24, 2, 242. Req. rej., 31 juillet 1844, Sir., 44, 1, 845. Cpr. Sirey, *Consultation*, Sir., 21, 2, 153.

[6] Req. rej., 30 avril 1855, Sir., 55, 1, 736.

[7] Demolombe, XII, 607. Toulouse, 19 janvier 1825, Sir., 25, 2, 119. Bordeaux, 15 janvier 1835, Sir., 36, 2, 334. Cpr. Déc. en Conseil d'État du 9 juillet 1859, Sir., 60, 2, 343.

[8] Delvincourt, I, p. 389. Toullier, III, 547. Pardessus, I, 218. Duranton, V, 417. Solon, nos 318 et 319. Demolombe, XII, 608. Zachariæ, *loc. cit.* Req. rej., 31 mai 1825, Sir., 26, 1, 220. Besançon, 23 mai 1828, Sir., 28, 2, 308. Colmar, 10 mai 1831, Dalloz, 1833, 2, 51. Rouen, 16 juin 1835, Sir., 36, 2, 87. Req. rej., 4 juin 1866, Sir., 67, 1, 209.

ment privé d'accès à la voie publique, ne devrait pas être réputé enclavé, s'il était possible de lui procurer une issue au moyen de travaux faciles à exécuter et peu dispendieux [9].

D'un autre côté, le propriétaire qui, de fait, jouit d'un passage pour arriver à la voie publique, ne peut dire son fonds enclavé, sous le prétexte que ce passage n'est exercé qu'en vertu d'un titre sujet à contestation, ou même d'une simple tolérance. La demande qu'il formerait pour obtenir un autre passage, devrait être écartée comme prématurée, tant que celui qu'il exerce de fait ne lui aurait pas été interdit, en conséquence de l'annulation de son titre ou du retrait de la concession précaire [10].

Lorsque, par suite d'un nouveau mode d'exploitation, le passage jusqu'alors exercé est devenu insuffisant, le propriétaire du fonds enclavé peut, suivant les circonstances, en demander l'élargissement, l'extension, ou même le déplacement, à charge, bien entendu, d'un supplément d'indemnité [11]. Une pareille demande peut être formée à raison de l'ouverture d'une carrière, d'une tourbière, ou d'une glaisière, tout aussi bien qu'à la suite d'un simple changement de culture [12]. Il semble même qu'elle dût être admise dans l'intérêt d'une maison d'habitation ou d'un établissement industriel déjà existants, si, par l'effet de nouvelles circonstances, par exemple à raison de l'extension donnée à l'industrie, le passage était devenu insuffisant [13].

[9] Demolombe, *loc. cit.* Rennes, 22 mars 1826, Sir., 28, 2, 74. Colmar, 26 mars 1831, Sir., 31, 2, 278.

[10] Solon, n° 318. Demolombe, XII, 606. Colmar, 10 mai 1831, Dalloz, 1833, 2, 51. Req. rej., 30 avril 1835, Sir., 35, 1, 701. Req. rej., 27 février 1839, Sir., 39, 1, 493.

[11] Demante, *Cours*, II, 527 *bis*, II. Demolombe, XII, 611. Zachariæ, § 246, note 4. Agen, 18 juin 1823, Sir., 24, 2, 89. Civ. rej., 8 juin 1836, Sir., 36, 1, 453. Caen, 16 avril 1859, Sir., 59, 2, 652.

[12] Demolombe, XII, 612. Solon, n° 322. Jousselin, *Des servitudes d'utilité publique*, II, p. 549. Amiens, 25 mai 1813, Sir., 14, 2, 98. Chambéry, 10 janvier 1863, Sir., 63, 2, 237. Cpr. aussi : Pau, 14 mars 1831, Sir., 31, 2, 244. Voy. cep. Le Gentil, *op. cit.*, p. 133. Suivant ce dernier auteur, le passage ne pourrait être réclamé que pour la culture du fonds enclavé, et non pour l'extraction des produits qu'il renferme. Mais c'est, à notre avis, arbitrairement restreindre le sens du mot *exploitation*, qui, par sa généralité, comprend tous les modes de jouissance dont un fonds de terre est susceptible d'après sa nature.

[13] La servitude de passage est en effet accordée à tout propriétaire de fonds

Mais il n'en serait plus de même, si le propriétaire d'un terrain enclavé le surbâtissait, ou y créait un établissement industriel [14].

La servitude de passage est, en principe, imposée à tous les fonds voisins de l'héritage enclavé, autres que ceux qui font partie du domaine public, quelles que soient d'ailleurs la nature physique de ces fonds, et leur condition juridique. Ainsi, les enclos tenant ou non aux habitations, tels que parcs, cours et jardins, y sont soumis tout aussi bien que les terrains ordinaires et non clos [15]. Ainsi encore, les immeubles faisant partie de la dotation de la couronne sont sujets à cette servitude, malgré leur inaliénabilité et leur imprescriptibilité [16]. Il en est de même des fonds dotaux [17].

Toutefois, lorsque l'enclave est le résultat de la division, par suite de partage ou d'aliénation partielle, d'un fonds qui, dans son intégrité, avait accès sur la voie publique, le passage devant être fourni, en vertu d'une convention tacite, par le propriétaire de la portion de ce fonds qui touche à la voie publique, il ne peut plus être réclamé des autres voisins, conformément à l'art. 682 [18]. Cette

enclavés, que ces fonds consistent en terres ou en bâtiments, à la condition seulement que le passage soit réclamé pour l'exploitation de ces fonds d'après leur nature.

[14] Il résulte de la restriction indiquée à la fin de la note précédente, que le propriétaire d'un fonds de terre ne peut pas, en élevant des constructions sur ce fonds, se créer, par son fait, un droit à un passage plus étendu que celui qui lui compétait d'après la nature originaire de son héritage. Arg. art. 702. Surbâtir un terrain, ce n'est plus simplement exploiter ce terrain, mais bien le transformer en un immeuble d'une autre nature. Cpr. en sens divers sur les propositions développées dans cette note et dans la précédente : Solon, n° 322 ; Jousselin, *Des servitudes d'utilité publique*, II, p. 549 ; Demolombe, XII, 612 ; Le Gentil, *op. cit.*, p. 113 et suiv. ; Bruxelles, 22 mars 1817, Dalloz, v° Servitudes, p. 61, n° 2 ; Pau, 14 mars 1831, Sir., 31, 2, 244 ; Toulouse, 14 mai 1864, Sir., 65, 2, 93.

[15] Pardessus, I, 219. Duranton, V, 422. Jousselin, *op. cit.*, II, p. 552. Demolombe, XII, 615.

[16] Jousselin, *op. et loc. citt.* Demolombe, XII, 615 *bis*. Req. rej., 7 mai 1829, Sir., 29, 1, 332.

[17] Cpr. § 537, texte n° 2. Jousselin et Demolombe, *locc. citt.*

[18] Maleville, sur l'art. 682. Delvincourt, I, p. 390. Toullier, III, 550. Duranton, V, 420. Marcadé, sur l'art. 682, n° 5. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 325. Demante, *Cours*, II, 537 *bis*. Demolombe, XII, 602. Zachariæ, § 246, texte et note 5. Req. rej., 1er mai 1811, Sir., 11, 1, 325. Caen, 26 mai 1824, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII. Douai, 23 novembre 1850, Sir., 51, 2, 52. Req. rej., 14 novembre 1859, Sir., 60, 1, 236. Req. rej., 1er août 1861, Sir., 61, 1, 945. Voy. cep. Pardessus, I, 219.

règle doit, au cas d'aliénation partielle, recevoir application, non-seulement quand c'est l'acquéreur qui est devenu propriétaire de la partie enclavée, mais encore lorsque cette partie a été réservée par le vendeur [19]. Elle serait également applicable dans l'hypothèse où les deux portions du fonds auraient été vendues à des acquéreurs différents [20].

En principe, le passage doit être pris sur les fonds voisins qui présentent le trajet le plus court pour arriver à la voie publique. Art. 683. Ce principe n'est cependant pas tellement absolu que les juges ne puissent s'en écarter, soit dans l'intérêt des héritages voisins, soit même dans celui du fonds enclavé, si la situation des lieux ou des circonstances particulières l'exigent [21].

Dans tous les cas, le passage doit être fixé par l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé. Art. 684.

La servitude de passage, en tant qu'elle est réclamée conformément à l'art. 682, ne peut l'être qu'à la charge d'une indemnité. Lorsque, l'enclave étant le résultat d'un partage ou d'une aliénation partielle, cette servitude est revendiquée en vertu d'une convention tacite, la question de savoir s'il est dû une indemnité, et quelle serait la partie qui aurait à la supporter, doit se résoudre par application des règles sur la garantie en matière de partage ou de vente, et d'après les circonstances particulières du fait [22].

Dans le cas même où le passage ne peut être réclamé que moyennant indemnité, l'exercice de la servitude, avant le règlement de son assiette et la fixation de l'indemnité due à son occasion, ne constitue pas la contravention prévue par les n°s 9 et 10 de l'art. 475 du Code pénal, et ne peut donner lieu qu'à une action en

19 Demolombe, *loc. cit.* Cpr. Req. rej., 1er mars 1811, Sir., 11, 1, 325.

20 Demolombe, *loc. cit.* Cpr. cep. Civ. rej., 19 juillet 1843, Sir., 43, 1, 846; Civ. rej., 24 avril 1867, Sir., 67, 1, 244. Il ne saurait dépendre de la volonté des parties qui concourent à une aliénation dont le résultat est de créer une enclave, d'imposer une servitude de passage à des fonds qui n'y étaient pas antérieurement soumis.

21 C'est ce qu'indique le mot *régulièrement*, inséré dans l'art. 683. Delvincourt, I, p. 390. Toullier, III, 548. Pardessus, I, 219. Duranton, V, 423 à 425. Demante, *Cours*, II, 538 *bis*, II. Demolombe, XII, 610. Zachariæ, § 246, texte et note 6. Req. rej., 1er mai 1811, Sir., 11, 1, 325. Besançon, 23 mai 1828, Dalloz, 1828, 2, 347. Bordeaux, 15 janvier 1835, Sir., 36, 2, 334. Bourges, 9 mars 1858, Sir., 58, 2, 670.

22 Cpr. Duranton, V, 420; Demante, *Cours*, II, 537 *bis*, I; Demolombe, XII, 604.

dommages-intérêts, ou à une complainte possessoire [23]. Il y a plus : si, dans les circonstances qui viennent d'être rappelées, le propriétaire du fonds enclavé avait de fait exercé le passage pendant une année au moins, il serait lui-même fondé à former la complainte contre le propriétaire du fonds assujetti, qui le troublerait dans la quasi-possession de la servitude [24].

Le droit de réclamer le passage nécessaire à l'exploitation de fonds enclavés, est de sa nature imprescriptible. Arg. art. 2232. Au contraire, le droit de demander l'indemnité due à raison du passage, est sujet à la prescription de trente ans [25], qui commence à courir du jour où le passage a été exercé [26], à titre de servitude légale [27]. Art. 685 [28].

[23] Crim. cass., 25 avril 1846, Sir., 46, 1, 798. Crim. cass., 20 janvier 1857, Sir., 57, 1, 495. Crim. rej., 2 mai 1861, Sir., 62, 1, 108.

[24] Cpr. § 185, texte n° 3 et note 27.

[25] Cette prescription exige, quoiqu'elle ne soit qu'extinctive, une possession revêtue des caractères exigés en matière d'usucapion. Demolombe, XII, 635. Cpr. Civ. cass., 16 juillet 1821, Sir., 22, 1, 154 ; Lyon, 12 juin 1824, Sir., 25, 2, 21; Req. rej., 21 mars 1831, Sir., 31, 1, 187; Civ. cass., 16 février 1835, Sir., 35, 1, 806; Req. rej., 11 juillet 1837, Sir., 38, 2, 41; Req. rej., 31 décembre 1860, Sir., 61, 1, 991.

[26] Et non pas seulement à dater de la fixation conventionnelle ou judiciaire de l'indemnité : autrement l'art. 685 ne serait qu'une répétition inutile de l'art. 2262. Pardessus, I, 224. Marcadé, sur l'art. 685, n° 3. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 326. Demante, *Cours*, II, 539 *bis*, I. Jousselin, *op. cit.*, II, 554. Demolombe, XII, 635. Zachariæ, § 246, texte et note 9. Civ. cass., 16 juillet 1821, Sir., 22, 1, 154. Bordeaux, 12 février 1827, Sir., 27, 2, 246. Req. rej., 23 août 1828, Sir., 28, 1, 111. Voy. en sens contraire : Vazeille, *Des prescriptions*, I, 409.

[27] Si le passage avait été exercé à titre de tolérance avant que l'enclave existât, la prescription ne commencerait à courir que du jour où l'enclave s'étant produite, le passage a été exercé à titre de droit. Pardessus, I, 224. Duranton, V, 429 et 430. Demolombe, XII, 635 *bis*.

[28] Cet article est introductif d'un Droit nouveau, pour les pays dont les coutumes avaient adopté la maxime *Nulle servitude sans titre*. Sous l'empire de ces coutumes, on reconnaissait bien au propriétaire d'un fonds enclavé, le droit de réclamer un passage sur les fonds voisins ; mais l'exercice du passage était considéré comme entaché de précarité, tant que l'indemnité n'avait pas été payée ou réglée, et ce n'était qu'à partir de son règlement qu'elle devenait prescriptible. Cpr. Demolombe, XII, 634; Req. rej., 7 février 1811, Sir., 13, 1, 463; Poitiers, 28 juin 1825, Sir., 25, 2, 270; Req. rej., 11 mai 1830, Sir., 30, 1, 229; Orléans, 22 juillet 1835, Sir., 35, 2, 495.

La servitude de passage étant établie par la loi, il ne saurait être question de l'acquisition par prescription de cette servitude elle-même [29]. Mais, à défaut de règlement conventionnel ou judiciaire sur l'assiette du passage, la possession trentenaire a pour effet de la déterminer d'une manière irrévocable [30], de telle sorte que le propriétaire du fonds sur lequel le passage a été exercé à titre de servitude légale, ne peut plus demander qu'il soit pris sur un autre fonds ou sur une partie différente du sien propre [31], et que, réciproquement, le propriétaire du terrain enclavé ne peut plus réclamer le passage sur les héritages d'autres voisins [32].

Du reste, l'usage où seraient les propriétaires contigus, de se livrer réciproquement passage pour l'exploitation de leurs fonds, ne saurait, en l'absence de prescription, dispenser celui qui invoque cet usage, du paiement d'une indemnité [33].

La loi n'accordant au propriétaire d'un fonds enclavé le droit de passer sur les fonds voisins, qu'à raison de la nécessité résultant de l'enclave, ce droit ne peut plus être réclamé, lorsque l'enclave vient à cesser, soit par l'établissement d'un chemin, soit par la réunion du fonds originairement enclavé à un héritage communiquant à la voie publique. Il en est ainsi, lors même que le passage a été exercé pendant plus de trente ans, ou qu'il l'a été après

29 Delvincourt, I, p. 391. Marcadé, sur l'art. 682, n° 2. Demolombe, XII, 624.

30 Il en est toutefois autrement, à notre avis, lorsque le passage a été exercé sur un immeuble dotal qui, ne présentant pas le trajet le plus court pour arriver à la voie publique, ne se trouvait pas soumis à la servitude établie par l'art. 682. Cpr. § 537, texte n° 3.

31 Cpr. § 185, texte n° 3 et note 25. Delvincourt, *loc. cit.* Toullier, III, 553. Pardessus, I, 223. Marcadé, sur l'art. 682, n° 2. Demante, *Cours*, II, 538 *bis*, III. Demolombe, XII, 624. Zachariæ, § 246, texte et note 7. Amiens, 19 mars 1824, Sir., 24, 2, 242. Pau, 14 mars 1831, Sir., 31, 2, 244. Req. rej., 29 décembre 1847, Sir., 49, 1, 134. Req. rej., 18 juillet 1848, Sir., 49, 1, 136. Nancy, 30 mars 1860, et Grenoble, 7 juin 1860, Sir., 60, 2, 447 et 448. Paris, 5 avril 1861, Sir., 61, 2, 255. Metz, 19 janvier 1865, Sir., 65, 2, 124. Voy. en sens contraire : Vazeille, *Des prescriptions*, I, 409; Paris, 30 juin 1859, Sir., 59, 2, 557. — Il est toutefois bien entendu que le propriétaire du fonds sur lequel le passage aurait été exercé, même pendant plus de trente ans, pourrait toujours, dans les conditions indiquées à l'art. 701, en demander la translation sur une autre partie de son fonds.

32 Cpr. texte et note 10 *supra*. Zachariæ, *loc. cit.*

33 Civ. cass., 30 novembre 1864, Sir., 65, 1, 373.

paiement d'une indemnité[34], sauf, dans ce dernier cas, la restitution de l'indemnité dont le paiement se trouverait justifié[35].

[34] On ne saurait, sans dénaturer la véritable intention des parties, induire du règlement, conventionnel ou judiciaire, intervenu entre elles sur l'assiette du passage, réclamé à titre de nécessité, et sur l'indemnité à payer par le propriétaire du fonds enclavé, la constitution, pour une éventualité quelconque, d'un passage de simple commodité. Cette remarque se présente d'une manière plus frappante encore, dans l'hypothèse où le règlement conventionnel se trouve remplacé par la prescription. En effet, celui qui a toléré l'exercice sur son fonds d'un passage nécessaire, sans demander qu'il fût pris sur d'autres héritages, ou sans exiger l'indemnité à laquelle il avait droit, ne peut être considéré comme ayant, par son silence, consenti à l'établissement d'un passage pour le cas même où, l'enclave venant à cesser, le passage perdrait le caractère de nécessité avec lequel il a été toléré et pratiqué. Dans ces circonstances, il y a lieu d'appliquer la maxime *Cessante causa, cessat effectus;* et quand, pour l'écarter, on invoque la règle *Quod ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis*, on se place évidemment en dehors des faits et des véritables termes de la question. L'opinion contraire à celle pour laquelle nous nous sommes prononcés, ne pourrait se soutenir, qu'en admettant la transformation de la servitude légale de passage nécessaire, en une servitude qui se trouverait établie par le fait de l'homme dans un intérêt de simple commodité. Or, une pareille transformation, qui ne peut évidemment, en présence de l'art. 691, s'opérer par l'effet de la prescription, ne saurait davantage résulter d'une convention uniquement relative à l'exercice d'un passage nécessaire. Delvincourt, I, p. 390. Toullier, III, 554. Pardessus, I, 225. Solon, n° 331. Marcadé, sur l'art. 682, n° 4. Taulier, II, p. 429. Demante, *Cours*, II, 539 *bis*, II. Zachariæ, § 246, texte et note 4. Agen, 14 août 1834, Sir., 35, 2, 414. Lyon, 24 décembre 1841, Sir., 42, 2, 166. Angers, 20 mai 1842, Dalloz, 1842, 2, 164. Limoges, 20 novembre 1843, Sir., 44, 2, 158. Rouen, 16 février, et Orléans, 23 août 1844, Sir., 48, 1, 193, à la note. Rouen, 13 décembre 1862, Sir., 63, 2, 176. Paris, 20 novembre 1865, Sir., 66, 2, 4. Voy. en sens contraire : Duranton, V, 435; Demolombe, XII, 642; Toulouse, 16 mai 1829, Sir., 30, 2, 243; Grenoble, 15 mars 1839, Sir., 45, 2, 418; Aix, 14 juin 1844, Dalloz, 1845, 4e part., v° Servitudes, n° 17; Caen, 1er décembre 1845, Sir., 46, 2, 128; Bordeaux, 18 mars 1845, et Grenoble, 20 novembre 1847, Sir., 48, 1, 192, à la note; Req. rej., 19 janvier 1848, Sir., 48, 1, 193; Bordeaux, 25 juin 1863, Sir., 63, 2, 208; Lyon, 12 juillet 1865, Sir., 65, 2, 288.

[35] Pardessus, I, 226. Solon, n° 332. Taulier, *loc. cit.* Angers, 20 mai 1842, Dalloz, 1842, 2, 164. Voy. cep. Agen, 14 août 1834, Sir., 35, 2, 414; Lyon, 24 décembre 1841, Sir., 42, 2, 166; Limoges, 20 novembre 1843, Sir., 44, 2, 158; Caen, 1er décembre 1845, Sir., 46, 2, 128. Ces arrêts décident que, lorsque le passage a été exercé pendant trente ans, le propriétaire du fonds autrefois enclavé, a droit à la restitution de l'indemnité qu'il est présumé avoir payée, et ce, d'après l'évaluation qui en serait faite. Mais la doctrine de ces arrêts, qui partent de l'idée erronée que la prescription de l'art. 685 fait légalement présu-

Mais, lorsque l'enclave est le résultat d'un partage ou d'une aliénation partielle, la servitude de passage, due en pareil cas par suite d'une convention tacite, continue de subsister malgré la cessation de l'enclave[36].

En dehors du cas d'enclave, il existe certaines circonstances dans lesquelles il est permis de passer sur le fonds d'autrui.

C'est ainsi que toute personne[37] peut passer sur les héritages bordant une voie publique devenue impraticable, quand même il serait, à cet effet, nécessaire de les déclore, et quel que soit d'ailleurs leur état de culture. L'indemnité due aux propriétaires des héritages traversés est, en pareil cas, à la charge de la commune[38].

C'est ainsi encore que le propriétaire d'un essaim d'abeilles est autorisé à le poursuivre sur le fonds où il s'est posé ; et que le propriétaire d'objets enlevés par les eaux peut, pour les retirer, entrer dans le fonds où ils ont été entraînés[40].

APPENDICE AUX SERVITUDES LÉGALES.

De la propriété et de l'usage des eaux[1].

§ 244.

1. *Des eaux de source.*

Tout propriétaire d'un terrain est, comme tel, propriétaire des sources qui s'y trouvent, peu importe qu'elles y jaillissent natu-

mer le paiement d'une indemnité, doit d'autant moins être admise, qu'il s'agit ici d'une *condictio sine causa*, et que celui qui exerce une pareille action, est tenu de prouver avant tout le paiement de la somme dont il réclame la restitution.

36 Toulouse, 16 mai 1829, Sir., 30, 2, 243. Req. rej., 14 novembre 1859, Sir., 60, 1, 236. Req. rej., 1er août 1861, Sir., 61, 1, 945.

37 Garnier, *Des chemins*, p. 496. Civ. cass., 10 janvier 1848, Sir., 48, 1, 303. Crim. rej., 20 juin 1857, Sir., 57, 1, 706. Crim. rej., 1er juin 1866, Sir., 67, 1, 91.

38 Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. II, art. 41. Cpr. Loi du 21 mai 1836, art. 1er. Toullier, III, 557. Pardessus, I, 226. Zachariæ, § 246, texte et note 10.

39 Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. I, sect. III, art. 5. Toullier, III, 374. Zachariæ, § 200, note 16. Cpr. § 201, texte n° 1, lett. *a*.

40 Cpr. L. 8, D. *de incend.* (47, 9). Pardessus, *loc. cit.* Zachariæ, § 246, texte et note 11.

1 Les art. 641 à 645, quoique placés sous la rubrique *Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux*, appartiennent plutôt à la théorie de la pro-

rellement, ou qu'elles n'aient été amenées à la surface du sol que par des fouilles ou des sondages. Arg. art. 552. Il en résulte que si, par suite de pareils travaux, des eaux qui jaillissent naturellement dans un terrain, en ont été détournées et amenées à la surface d'un autre fonds, c'est au propriétaire de ce fonds que la source appartient[2], et que doit revenir l'indemnité due à raison de son expropriation pour cause d'utilité publique[3].

La faculté dont jouit tout propriétaire de faire des fouilles dans son fonds, pour rechercher les eaux qui s'y trouvent, peut être modifiée, soit directement par l'effet d'une renonciation formelle, soit indirectement par l'établissement d'une servitude à laquelle l'exercice de cette faculté porterait atteinte[4].

Le propriétaire d'une source a le droit d'en disposer à volonté. Art. 641 cbn. 544. Il peut donc en absorber entièrement les eaux, ou les détourner de leur cours naturel; et les propriétaires voisins ou inférieurs ne sont pas même fondés à s'opposer à ce qu'il les retienne, sous le prétexte qu'elles lui seraient plus nuisibles qu'utiles[5]. Mais il est bien entendu que s'il veut, en vertu de l'art. 640, les laisser couler sur les fonds inférieurs, il lui est interdit de les employer à des usages de nature à les corrompre ou à les imprégner d'éléments délétères[6].

priété et droits d'usage, qu'à celle des servitudes légales. Tel est le motif pour lequel nous n'en traiterons ici que par forme d'appendice. Cpr. sur cette matière : Daviel, *Traité des cours d'eau*, 3e édit. ; Paris 1845, 3 vol. in-8°. Garnier, *Régime des eaux;* Paris 1849 à 1851, 5 vol. in-8°. Colas de la Noue, *Dissertation*, *Revue pratique*, 1865, XIX, p. 399.

2 On exprime d'ordinaire cette idée en disant que la source appartient, non à celui dans le fonds duquel elle jaillit, mais à celui dans le fonds duquel elle prend naissance. A notre avis, cette formule manque de précision, et même jusqu'à certain point d'exactitude, en ce qu'elle n'indique pas quel est le fonds qui doit être considéré comme donnant naissance à la source, et semble subordonner la solution de cette question à des recherches géologiques.

3 Req. rej., 4 décembre 1860, Sir., 61, 1, 623.

4 Req. rej., 19 juillet 1837, Sir., 37, 1, 684. Req. rej., 20 juin 1842, Sir., 43, 1, 321. Req. rej., 22 août 1859, Sir., 60, 1, 369. Cpr. Req. rej., 13 juin 1865, Sir., 65, 1, 309.

5 Toullier, III, 131 à 133. Duranton, V, 174. Demolombe, XI, 66. Civ. cass., 29 janvier 1840, Sir., 40, 1, 207. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 381 ; Pardessus, I, 78 ; Daviel, III, 895 ; Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1349 ; Metz, 16 novembre 1826, Sir., 31, 2, 110.

6 Voy. § 240, texte et note 19. Cpr. aussi : même paragraphe, texte et note 22.

Le propriétaire d'une source a le droit de disposer à son gré des eaux de cette source, non-seulement au dedans, mais encore en dehors du fonds où elles jaillissent[7]. Il peut en céder l'usage exclusif à des tiers, peu importe qu'ils soient ou non propriétaires de terrains contigus à celui où se trouve la source[8].

La seule circonstance que le propriétaire d'une source en a laissé couler les eaux par leur pente naturelle pendant trente années, et que cette source s'est ainsi transformée en une eau courante, ne le prive pas du droit d'en disposer au préjudice des propriétaires inférieurs qui les auraient reçues, mais qui n'en auraient pas prescrit l'usage conformément aux art. 641 et 642[9].

[7] La Chambre des requêtes de la Cour de cassation avait d'abord décidé le contraire, en partant de l'idée qu'en dehors du fonds où elles jaillissent, les eaux d'une source deviennent des eaux courantes, sur lesquelles le propriétaire de cette source ne peut exercer que les droits d'usage concédés aux riverains par l'art. 644. Req. rej., 28 mars 1849, Sir., 49, 1, 503. Mais cette idée, que la même Chambre n'a plus reproduite dans son arrêt du 22 mai 1854 (Sir., 54, 1, 729), nous paraît avoir été définitivement rejetée par la Chambre civile (Civ. cass., 19 novembre 1855, Sir., 56, 1, 609), dont nous n'hésitons pas à adopter la solution. Le propriétaire de la source ayant incontestablement le droit d'en détourner les eaux au préjudice des propriétaires inférieurs, il importe peu que ce détournement s'opère dans le fonds même qui renferme cette source, ou dans un autre. Tout se réduit, en pareil cas, à savoir, si les propriétaires inférieurs ont ou non acquis un droit sur les eaux de la source. Voy. en ce sens : Daviel, III, 766 *bis* ; *Rapport au Sénat*, par M. de Royer (*Moniteur* du 19 juin 1862).

[8] De Royer, *Rapport précité*. Req. rej., 22 mai 1854, Sir., 54, 1, 729.

[9] Suivant une doctrine émise dans les considérants de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 22 mai 1854, cité à la note précédente, le propriétaire de la source pourrait, dans l'hypothèse indiquée au texte, être considéré, selon les circonstances, comme en ayant volontairement abandonné les eaux aux propriétaires inférieurs, pour les besoins de l'irrigation. Voy. aussi dans ce sens : Garnier, III, 747. Cette doctrine ne doit pas être admise ; elle aurait pour résultat de créer arbitrairement, et en dehors des exceptions établies par les art. 641 à 643, une nouvelle restriction au droit de disposition du propriétaire de la source. Si ce dernier n'a pas, pendant un temps plus ou moins long, usé de la faculté de détourner les eaux, on ne saurait induire de cette circonstance une renonciation à cette faculté légale, qui, comme telle, est imprescriptible. Art. 2232. En vain voudrait-on invoquer, en sens contraire, la disposition de l'art. 644, et le droit d'usage qu'il accorde aux riverains d'un cours d'eau, puisque ce droit d'usage, nécessairement subordonné à l'existence d'une eau courante, ne trouve plus d'objet auquel il puisse s'appliquer, lorsque, en vertu de son droit absolu de disposition, le propriétaire e la source a modifié le cours naturel des eaux.

Le droit absolu dont jouit le propriétaire d'une source sur les eaux qui en proviennent, ne peut d'ailleurs être limité par des règlements émanés, soit de l'administration[10], soit de l'autorité judiciaire[11]. De pareils règlements, qui ne sauraient avoir pour objet que la police des eaux courantes, ou les droits respectifs des riverains d'un cours d'eau, ne sont point opposables au propriétaire de la source, qui reste le maître d'en disposer à son gré.

Ce droit de disposition est cependant susceptible d'être modifié, non-seulement par un titre émané du propriétaire de la source, mais encore par la destination du père de famille[12], et par la prescription. Art. 641. D'un autre côté, il est soumis à la restriction résultant de la servitude établie par l'art. 643. Enfin, il va de soi qu'une source est, comme tout autre objet corporel formant la matière d'un droit de propriété, susceptible d'expropriation pour cause d'utilité publique[13].

2° La prescription invoquée contre le droit de disposition du propriétaire de la source, ne peut s'accomplir que par une jouissance non interrompue[14] pendant l'espace de trente années, à

Pardessus, I, 105. Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1356 et 1369. Daviel, III, 792 et 793. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 267. Demolombe, XI, 101. De Royer, *Rapport précité*. Civ. cass., 10 novembre 1855, Sir., 56, 1, 609. Civ. cass., 18 mars 1857, Sir., 57, 1, 263. Colmar, 26 novembre 1857, Sir., 58, 2, 343. Req. rej., 9 décembre 1862, Sir., 63, 1, 358.

[10] Demolombe, XI, 69. Décrets en Conseil d'État du 23 décembre 1858, Sir., 60, 2, 345, du 1er mars 1860, Sir., 60, 2, 346, et du 14 mars 1861, Sir., 61, 2, 365.

[11] Demolombe, XI, 66. Civ. cass., 23 janvier 1840, Sir., 40, 1, 207. Pau, 2 mai 1857, Sir., 58, 2, 181.

[12] L'art. 641, qui ne mentionne expressément que le titre ou la prescription, comprend implicitement la destination du père de famille, puisqu'elle équivaut à titre en ce qui touche les servitudes continues et apparentes. Art. 692. Duranton, V, 186. Daviel, III, 770. Garnier, III, 721. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1364. Demolombe, XI, 83. Bourges, 13 décembre 1825, Sir., 26, 2, 222. Req. rej., 20 décembre 1825, Sir., 26, 1, 179. Pau, 28 mai 1831, Sir., 31, 2, 201. Civ. cass., 30 juin 1841, Sir., 41, 1, 638.

[13] Pardessus, I, 138. De Royer, *Rapport au Sénat, Moniteur* du 19 juin 1862. Cpr. Req. rej., 4 décembre 1860, Sir., 61, 1, 623.

[14] L'interruption aurait lieu naturellement par la retenue ou le détournement des eaux : elle résulterait immédiatement de ces faits, si le propriétaire du fonds inférieur n'avait point, au moment où ils se sont produits, la possession annale ; et, dans le cas contraire, elle s'opérerait par le maintien pendant une année au

compter du jour où celui qui s'en prévaut a fait et terminé des ouvrages apparents, destinés à faciliter la chute et le cour de l'eau dans sa propriété[15]. Art. 642. La contradiction opposée à l'exercice du droit de propriétaire de la source, n'aurait pas pour effet, en l'absence de tous travaux apparents, de rendre la prescription possible[16].

Il n'est pas indispensable que les ouvrages apparents, qui sont exigés par l'art. 642 pour donner cours à la prescription, aient été faits dans le fonds même où jaillit la source ; il suffit qu'ils aient été exécutés dans l'héritage immédiatement inférieur ou contigu[17].

moins, sans réclamation de la part de ce dernier, de l'état de choses constitutif de la retenue ou du détournement des eaux. Art. 2243. Cpr. Delvincourt, I, p. 382 et 383 ; Pardessus, I, 100 ; Zachariæ, § 236, texte et note 8. — Voy. sur l'interruption civile : texte et note 18 *infra*.

[15] Il est absolument nécessaire que les travaux aient été exécutés par celui qui se prévaut de la prescription. Civ. cass., 25 août 1812, Sir., 12, 1, 350. Req. rej., 15 avril 1845, Sir., 45, 1, 583. Civ. cass., 18 mars 1857, Sir., 57, 1, 263.

[16] Arg. art. 642 cbn. 2232. *Nec obstat* art. 2238 : Voy. § 185, texte n° 3, lett. *b*, notes 31 et 32. Taulier, II, p. 363. Demolombe, XI, 82. Voy. en sens contraire : Proudhon, *op. cit.*, IV, 1371.

[17] La question résolue au texte est vivement controversée. Pour se former à ce sujet des idées exactes, il importe avant tout de remarquer que l'art. 642 s'occupe exclusivement des rapports du propriétaire de la source et du propriétaire du fonds immédiatement inférieur. Or si, même en ce qui concerne ces rapports, la rigueur des principes eût exigé, pour donner cours à la prescription, des travaux exécutés dans le fonds même où jaillit la source, on ne peut s'empêcher de reconnaître qu'à raison de la nature particulière de la chose qui forme ici l'objet du droit de propriété, il existait de puissantes raisons d'utilité générale, pour engager le législateur à déroger, dans une certaine mesure, aux règles ordinaires. Cette dérogation ressort du texte même de l'art. 642, qui, en énumérant les différentes conditions dont le concours est nécessaire à l'accomplissement de la prescription, se borne à exiger des ouvrages apparents, sans demander que ces ouvrages soient établis sur le fonds même où se trouve la source. Le silence de cet article sur ce point est d'autant plus concluant, que l'ensemble des travaux préparatoires ne peut laisser aucun doute sur la véritable pensée du législateur. La *discussion au Conseil d'État* et les *observations du Tribunat* prouvent, en effet, que son intention a été de se contenter d'ouvrages établis sur le fonds inférieur, et que c'est précisément pour prévenir toute controverse à cet égard, que, dans la rédaction définitive de l'art. 642, on a substitué les mots *ouvrages apparents* aux mots *ouvrages extérieurs*, qui y figuraient primitivement. Locré, *Lég.*, VIII, p. 334 à 340, n°s 5 à 7 ; p. 355 à 358, n° 5. En présence d'une volonté si formellement exprimée, et, qui plus est, législativement consa-

Mais aussi le propriétaire de la source peut-il, dans ce cas, se prémunir contre la prescription par une interpellation adressée à l'auteur de ces travaux, et au moyen d'une action en justice, si ce dernier ne consentait pas, sur cette interpellation, à reconnaître la précarité de sa jouissance [18]. Quant aux ouvrages établis dans des fonds inférieurs plus éloignés, ils seraient insuffisants pour faire courir la prescription à l'encontre du propriétaire de la source [19].

crée par le changement fait à l'art. 642, il ne saurait appartenir aux tribunaux, sous prétexte d'erreurs doctrinales imputées au législateur, de s'écarter du respect dû à ses décisions. Aussi croyons-nous devoir, malgré la jurisprudence contraire de la Cour de cassation, persister dans l'opinion que nous avons précédemment émise. Voy. en ce sens : Delvincourt, I, p. 382 ; Pardessus, I, 101, II, p. 363 ; Favard de Langlade, *Rép.*, v° Servitudes, sect. I, § 1, n° 2 ; Solon, p. 64 ; Zachariæ, § 236, note 6 ; Daviel, III, 775 ; Marcadé, sur l'art. 642, n° 2 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 268 ; Demante, *Cours*, II, 493 *bis*, I ; Rouen, 16 juillet 1857, Sir., 57, 2, 621. Voy. en sens contraire : Henrion de Pansey, *Compétence des juges de paix*, chap. XXVI, § 4, n° 1 ; Toullier, III, 635, à la note ; Duranton, V, 181 ; Garnier, III, 728 ; Vazeille, *Des prescriptions*, I, 401 ; Taulier, II, p. 364 ; Demolombe, XI, 79 et 80 ; Civ. cass., 25 août 1812, Sir., 12, 1, 350 ; Req. rej., 6 juillet 1825, Sir., 26, 1, 406 ; Bordeaux, 1er juillet 1834, Sir., 34, 2, 648 ; Req. rej., 5 juillet 1837, Sir., 37, 1, 565 ; Req. rej., 15 février 1854, Sir., 54, 1, 186 ; Colmar, 26 novembre 1857, Sir., 58, 2, 343 ; Civ. cass., 8 février 1858, Sir., 58, 1, 193 ; Req. rej., 2 avril 1858, Sir., 59, 1, 733.

[18] Cette réserve répond à l'une des principales objections qu'on a fait valoir contre notre opinion, en disant que le propriétaire de la source n'ayant aucune action pour demander la suppression des travaux faits sur le fonds inférieurs, il se trouverait dans l'impossibilité de s'opposer au cours de la prescription. — Du reste, nous ne croyons pas qu'une simple protestation fût suffisante à cet effet. Cpr. § 215, texte et note 26. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1367. Voy. cep. Delvincourt, I, p. 382 et 383 ; Pardessus, I, 101 ; Demante, *op. et loc. citt.*

[19] Tous les propriétaires de fonds inférieurs, même non contigus à celui où se trouve la source, peuvent sans doute, au moyen de la prescription, acquérir un droit sur les eaux qui en proviennent. Duranton, V, 185. Marcadé, sur l'art. 642, n° 3. Daviel, III, 772. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1355. Demante, *Cours*, II, 493 *bis*, III. Demolombe, XI, 81. Zachariæ, § 236, texte et note 2. Mais comme, d'après l'ensemble de sa rédaction, l'art. 642 suppose des ouvrages tout au moins faits sur l'héritage inférieur, touchant immédiatement celui qui renferme la source, les propriétaires plus éloignés ne pourraient, en vertu de travaux exécutés sur leurs propres fonds, se prévaloir des dispositions de cet article. Cpr. Delvincourt, I, p. 381. Cette distinction est éminemment rationnelle, en ce que des ouvrages faits sur l'héritage contigu ont pu être considérés comme suffisants pour constituer en demeure le propriétaire de la source, tandis qu'on ne saurait

Lorsqu'il s'agit d'ouvrages existant dans le fonds où jaillit la source, le propriétaire d'un fonds inférieur ne peut, en général, s'en prévaloir à l'appui de la prescription, qu'à charge de prouver qu'ils ont été exécutés par lui[20]. Toutefois, dans le cas où l'ancienneté de ces travaux ne permettrait plus d'en reconnaître l'auteur, les tribunaux pourraient admettre en fait qu'ils ont été exécutés par le propriétaire inférieur, s'il était évident qu'ils ont été établis dans son intérêt exclusif[21]. Quand il s'agit d'ouvrages existant sur le fonds inférieur, ils sont légalement présumés faits par le propriétaire de ce fonds. Art. 553.

Les rapports du propriétaire de la source et du propriétaire du fonds inférieur qui, par titre, par destination du père de famille, ou par prescription, a acquis un droit sur les eaux de cette source, se règlent, suivant les cas, par le titre, par l'état de choses constitutif de la destination du père de famille, ou d'après la maxime *Tantum præscriptum, quantum possessum.*

A la différence de la destination du père de famille et de la prescription, qui ne donnent jamais au propriétaire inférieur, qu'un droit d'usage sur les eaux de la source[22], le titre peut lui en conférer la propriété même. Dans ce cas, le propriétaire du fonds où elle se trouve, est désormais privé, non-seulement de la faculté de faire, au profit de tiers, de nouvelles concessions sur les eaux, mais même de celle de s'en servir lui-même. Dans le cas, au contraire, où le propriétaire du fonds inférieur n'a acquis qu'une simple servitude, le propriétaire de la source conserve le droit

attribuer un pareil effet, à des travaux exécutés dans des fonds plus éloignés. Elle est capitale pour la saine intelligence de l'art. 642, et écarte tous les inconvénients qui s'attacheraient à un système trop absolu, d'après lequel il suffirait de travaux exécutés dans un fonds inférieur quelconque, pour faire courir la prescription. Cpr. Req. rej., 2 août 1858, Sir., 59, 1, 733; Civ. cass., 23 janvier 1867, Sir., 67, 1, 125.

[20] Duranton, V, 170. Pardessus, I, 101. Demante, *Cours*, II, 493 *bis*. Demolombe, XI, 177. Voy. aussi les arrêts cités à la note 15 *supra*.

[21] *Non obstat* art. 553. La présomption légale établie par cet article fléchit devant la preuve contraire. Or, comme il s'agit ici de faits purs et simples, cette preuve peut se faire par témoins ou à l'aide de simples présomptions de fait. Cpr. § 192, texte et note 4. Demante, *op. et loc. citt.* Demolombe, XI, 78. Zachariæ, § 236, note 7. Civ. rej., 12 avril 1830, Sir., 30, 1, 174. Req. rej., 16 mars 1853, Sir., 53, 1, 621. Req. rej., 1er décembre 1856, Sir., 57, 1, 844.

[22] Cpr. cep. Req. rej., 25 mars 1867, Sir., 67, 1, 384.

d'en user pour ses propres besoins, et même celui d'en disposer en faveur de tierces personnes, à condition toutefois de laisser arriver au propriétaire inférieur, le volume d'eau auquel celui-ci a droit[23].

S'il s'élevait entre les deux propriétaires des contestations relatives à l'usage des eaux, les tribunaux devraient les décider d'après les droits respectifs des parties, tels qu'ils résultent du titre, de la destination du père de famille, ou de la prescription, et ne seraient pas autorisés à user du pouvoir discrétionnaire que leur accorde l'art. 645, en ce qui concerne les eaux courantes[24].

La position du propriétaire du fonds inférieur, joignant immédiatement celui où jaillit une source, dans ses rapports avec les propriétaires plus éloignés, varie selon qu'il a acquis ou non, à l'encontre du propriétaire de la source, un droit privatif sur les eaux en provenant, et suivant la nature de ce droit.

Lorsqu'il n'a acquis aucun droit privatif sur la source qui forme la tête d'un cours d'eau traversant ou bordant sa propriété, ses rapports avec les propriétaires plus éloignés sont réglés par les art. 644 et 645, qui seront expliqués au § 246.

Lors, au contraire, qu'il a acquis par titre la propriété de la source, il peut en disposer de la même manière qu'aurait pu le faire le propriétaire du fonds où elle jaillit, et par conséquent en détourner les eaux ou les concéder à des tiers.

Enfin, s'il n'a acquis qu'un simple droit d'usage sur les eaux de la source, il ne lui est pas permis de les détourner ou de les concéder à des tiers[25]. Mais, dans ce cas même, son droit prime celui qui compéterait aux propriétaires de fonds plus éloignés en vertu de l'art. 644, en ce sens que c'est, d'après le titre, la destination du père de famille, ou la prescription, fondement de ce droit, que doit, suivant les circonstances, se régler son étendue, sans qu'il appartienne aux tribunaux de le restreindre par application de l'art. 645.

3° Par exception à la règle posée dans l'art. 641, le propriétaire d'une source ne peut la détourner, lorsque, dans son cours, elle

[23] Duranton, V, 182. Daviel, III, 781. Demolombe, XI, 85. Zachariæ, § 236, texte et note 10. Voy. cep. Pardessus, I, 102.

[24] Daviel, III, 785. Demolombe, XI, 87. Cpr. Req. rej., 20 mai 1828, Sir., 28, 1, 213.

[25] Demolombe, XI, 89.

fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire. Art. 643.

La servitude résultant de cette disposition ne grève que les sources proprement dites, et ne doit pas être étendue aux citernes, aux puits, aux mares et aux étangs [26].

Exclusivement établie en faveur des communautés d'habitants, cette servitude ne peut être invoquée par les habitants de maisons isolées [27].

Elle est en outre subordonnée à la double condition, que les eaux de la source soient destinées à la consommation personnelle des membres de la communauté ou à celle de leur bétail, et qu'elles soient absolument indispensables pour satisfaire ces besoins.

Ainsi, d'une part, la servitude dont s'agit ne pourrait être invoquée, ni dans l'intérêt de l'irrigation [28], ni pour le roulement d'un moulin, dût-il servir à l'approvisionnement d'une commune [29].

Ainsi, d'autre part, il ne suffit pas, pour autoriser une communauté d'habitants à se prévaloir de l'art. 643, que l'usage des eaux de la source soit plus agréable ou plus commode que l'emploi de celles dont elle peut disposer [30], ou que ces eaux lui offrent, à raison de leur vertu curative, des avantages particuliers [31].

26 L'art. 643 suppose une source formant un cours d'eau, et ne peut, par conséquent, s'appliquer à des eaux stagnantes. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1391. Daviel, III, 825. Marcadé, sur l'art. 643, n° 1. Curasson, *Compétence des juges de paix*, II, p. 263. Garnier, III, 740. Jousselin, *Des servitudes d'utilité publique*, I, p. 450. Demolombe, XI, 91. Poitiers, 26 janvier 1825, Sir., 25, 2, 317. Nîmes, 20 novembre 1863, Sir., 63, 2, 267. Montpellier, 16 juillet 1866, Sir., 67, 2, 115. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 383 ; Toullier, III, 134 ; Pardessus, I, 138 ; Duranton, V, 191 ; Taulier, II, p. 366 ; Civ. rej., 3 juillet 1822, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Servitudes, XII, p. 17, n° 27.

27 Pardessus, I, 138. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, XI, 93. Zachariæ, § 236, note 11. Colmar, 5 mai 1809, Sir., 10, 2, 61. Voy. cep. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1386.

28 Pardessus, I, 138. Demolombe, XI, 95.

29 Proudhon, *op. et loc. citt.* Daviel, III, 789. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 236, texte et note 12. Voy. en sens contraire : Toullier, III, 134 ; Pardessus, *loc. cit.*; Garnier, III, 745.

30 Toullier, III, 134. Pardessus, *loc. cit.* Favard, *Rép.*, v° Servitude, sect. I, n° 8. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, XI, 94. Zachariæ, *loc. cit.* Orléans, 23 août 1856, Sir., 62, 1, 366, à la note. Colmar, 26 novembre 1857, Sir., 58, 2, 343. Civ. rej., 4 mars 1862, Sir., 62, 1, 366.

31 Demolombe, XI, 95. Cpr. Civ. cass., 4 décembre 1849, Sir., 50, 1, 33.

Mais il y a *nécessité*, dans le sens de l'article précité, par cela seul qu'il n'existe pas, sur les lieux, d'autres eaux à la disposition des habitants ; et le propriétaire de la source ne serait pas fondé à exciper de la possibilité pour ces derniers de se procurer, au moyen du creusement de puits, l'eau qui leur est indispensable[32].

La disposition de l'art. 643 ne forme pas obstacle à l'exercice du droit qui appartient à tout propriétaire d'un fonds, d'y faire des fouilles[33], lors même que le résultat en serait de détourner les eaux souterraines alimentant une fontaine nécessaire à une commune[34]. D'un autre côté, la servitude établie par cet article n'emporte, ni le droit de passage pour accéder à la source[35], ni, bien moins encore, celui d'établir un aqueduc pour en amener les eaux à la disposition de la communauté[36].

Le propriétaire d'une source sur laquelle une communauté d'habitants prétend exercer la servitude établie par l'art. 643, est fondé à réclamer une indemnité. Elle doit être évaluée, non d'après les avantages que la communauté retire des eaux, mais seulement eu égard au préjudice qu'éprouve le propriétaire de la source, en se trouvant privé de la faculté d'en disposer librement[37].

L'action en indemnité s'éteint par la prescription. Cette prescription, quoique purement extinctive[38], suppose cependant que la communauté d'habitants a, pendant trente années, joui des eaux de la source à titre de servitude légale, c'est-à-dire comme étant

32 Proudhon, *op. cit.*, IV, 1387. Civ. rej., 4 mars 1862, Sir., 62, 1, 366.

33 Cpr. § 191, texte n° 1 et note 4 ; § 194, texte et note 18.

34 Pardessus, *loc. cit.* Daviel, III, 894. Garnier, III, 471. Solon, n° 43. Demolombe, XI, 92. Civ. rej., 29 novembre 1830, Sir , 31, 1, 110. Grenoble, 5 mai 1834, Sir., 34, 2, 481. Req. rej., 15 janvier 1835, Sir., 35, 1, 957. Civ. rej., 26 juillet 1836, Sir., 36, 1, 819. Voy. en sens contraire : Proudhon, *op. cit.*, V, 1547. Cpr. aussi : Zachariæ, § 235, texte et note 15.

35 Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 269. Daviel, III, 790. Demolombe, XI, 96. Civ. cass., 5 juillet 1864, Sir., 64, 1, 362. Bordeaux, 6 décembre 1864, et Agen, 31 janvier 1865, Sir., 65, 2, 122. Dijon, 9 novembre 1866, Sir., 67, 2, 157. Voy. en sens contraire : Proudhon, *op. cit.*, IV, 1381.

36 Pau, 9 juillet 1864, Sir., 65, 2, 171.

37 Pardessus, *loc. cit.* Proudhon, *op. cit.*, IV, 1390. Demolombe, XI, 97. Zachariæ, § 236, texte et note 16.

38 Cpr. § 210, texte et note 4. En disant : *Si les habitants n'en ont pas prescrit l'usage*, l'art. 643 ne s'explique pas d'une manière exacte, puisqu'il ne peut être question d'acquérir par prescription un droit d'usage concédé par la loi elle-même. Demolombe, XI, 98.

nécessaires à ses besoins. Mais le cours de la prescription n'est point, dans cette hypothèse, comme dans celle dont s'occupe l'art. 642, subordonné à l'existence de travaux apparents [39].

§ 245.

2. *Des eaux pluviales.*

a. *Des eaux pluviales tombant sur un terrain privé.*

Ces eaux appartiennent par droit d'accession, et indépendamment de tout fait d'occupation, au propriétaire du terrain sur lequel elles tombent. Il peut en disposer à son gré, soit en les retenant dans son fonds, soit en les cédant à des tiers, soit enfin en les laissant couler sur les fonds inférieurs suivant la pente naturelle du terrain [1].

Ce droit absolu de disposition peut être modifié, comme celui du propriétaire d'une source, par un titre, par la destination du père de famille, ou par la prescription trentenaire [2].

Tout ce qui a été dit au paragraphe précédent, sur les conditions requises pour l'accomplissement de la prescription, et sur les rapports que la destination du père de famille ou la prescription établissent entre le propriétaire de la source et celui du fonds inférieur, doit également recevoir application dans la matière qui nous occupe actuellement.

Mais il en est autrement des règles exposées au même paragraphe, quant aux rapports du propriétaire du fonds inférieur à celui où jaillit la source avec les propriétaires de fonds plus éloignés. Si les eaux d'une source, formant la tête d'un cours d'eau, ne peuvent être détournées, au préjudice des propriétaires dont elles traversent ou bordent les héritages, par celui qui n'a acquis sur

[39] Maleville, sur l'art. 643. Pardessus, *loc. cit.* Duranton, V, 189. Taulier, II, p. 366. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 269. Demante, *Cours*, II, 494 *bis*, II. Daviel, III, 788. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 236, texte et note 17. Voy. en sens contraire : Proudhon, *op. cit.*, IV, 1388 et 1389.

[1] Delvincourt, I, p. 380. Pardessus, I, 79. Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1330. Solon, n° 46. Demolombe, XI, 105.

[2] Pardessus, I, 103. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1331 et 1332. Daviel, III, 797 et 798. Troplong, *De la prescription*, I, 148. Marcadé, sur l'art. 642, n° 5. Demante, *Cours*, II, 495 *bis*, I. Demolombe, XI, 109. Zachariæ, § 236, note 1re. Civ. cass., 19 juin 1810, Sir., 11, 1, 164. Req. rej., 12 juin 1858, Sir., 59, 1, 131. Voy. en sens contraire : Duranton, V, 158.

cette source qu'un simple droit usage, les eaux pluviales, au contraire, sont à la complète disposition de celui qui, par titre, par destination du père de famille, ou par prescription, a acquis le droit de les utiliser ; il est donc autorisé à les détourner, ou à les céder à des tiers, sans que les propriétaires des fonds inférieurs puissent s'y opposer. Il y a mieux, ce droit de disposition lui appartient par l'effet de la simple occupation, quant aux eaux pluviales qu'il a reçues d'un fonds supérieur, sans d'ailleurs avoir acquis, à l'encontre du propriétaire de ce fonds, un droit quelconque sur ces eaux [3].

b. *Des eaux pluviales tombant ou coulant sur une voie publique.*

Ces eaux rentrent dans la classe des *res nullius*, et deviennent comme telles la propriété du premier occupant [4].

Ce droit d'occupation toutefois ne peut plus être exercé, lorsque le gouvernement, ou l'administration, soit départementale, soit communale, a concédé à un particulier l'usage exclusif des eaux tombant ou coulant sur une route impériale ou départementale, ou sur un chemin vicinal [5].

L'application du principe ci-dessus posé aux rapports des propriétaires riverains d'une voie publique, conduit à reconnaître que chacun d'eux a le droit de s'emparer des eaux pluviales qui y tombent ou qui y coulent, sans qu'un propriétaire inférieur qui les aurait antérieurement dérivées sur son fonds, même à l'aide de travaux apparents, puisse opposer au propriétaire supérieur qui voudrait se les approprier, soit un prétendu droit de préoccupation, soit même une jouissance trentenaire, soit enfin l'art. 644, dont les dispositions ne concernent que les cours d'eau proprement dits [6].

[3] Demolombe, XI, 105.

[4] Duvergier sur Toullier, III, 132, note *a*. Pardessus, I, 79. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1318, 1333 et 1334. Duranton, V, 159. Troplong, *op. cit.*, I, 147. Marcadé, sur l'art. 642, n° 4. Demolombe, XI, 115 et 116.

[5] En effet, l'État, les départements et les communes sont autorisés à retirer des voies publiques, dont l'entretien est à leur charge, tous les avantages qu'il est possible d'en recueillir sans porter atteinte à leur destination. Cpr. § 169, texte et note 2. Pardessus, I, 79. Proudhon, *op. cit.*, 1336 à 1338. Daviel, III, 802. Voy. en sens contraire : Duranton, V, 159 ; Devilleneuve, Sir., 41, 2, 1, à la note ; Demolombe, XI, 116.

[6] Voy. en ce sens, outre les auteurs cités à la note 4 *supra :* Civ. rej., 14 janvier 1823, Sir., 23, 1, 173 ; Req. rej., 21 juillet 1825, Sir., 26, 1, 407 ;

Toutefois, les eaux pluviales dont s'agit, sont susceptibles de former, entre les riverains de la voie publique, l'objet de conventions valables. C'est ainsi que le propriétaire supérieur peut renoncer à se servir de ces eaux, pour les laisser en totalité au propriétaire inférieur. Une pareille renonciation est obligatoire, non-seulement pour celui qui l'a consentie et ses successeurs universels, mais même pour ses successeurs particuliers, comme emportant constitution d'une véritable servitude à la charge du fonds supérieur [7].

Cette servitude peut aussi s'établir par la destination du père de famille [8], et même par la prescription trentenaire. Mais la prescription ne s'accomplit en pareil cas qu'autant que celui qui l'invoque a établi, sur le fonds du propriétaire contre lequel il s'en prévaut, des travaux apparents à l'aide desquels il recueille les eaux, comme aurait pu le faire ce dernier, sur le bord de la voie publique où elles coulent [9].

Rennes, 10 février 1826, Sir., 28, 2, 74; Limoges, 22 janvier 1839, Sir., 39, 2, 284; Limoges, 14 juillet 1840, Sir., 41, 2, 1; Civ. cass., 22 avril 1863, Sir., 63, 1, 479; Dijon, 17 juin 1864, Sir., 66, 2, 17. Cpr. aussi : § 246, texte et note 1re.

7 Caen, 22 février 1856, Sir., 57, 2, 204. Voy. aussi : Req. rej., 16 janvier 1865, Sir., 65, 1, 132.

8 Duranton, V, 160. Civ. rej., 21 juillet 1845, Sir., 46, 1, 33. Req. rej., 9 avril 1856, Sir., 56, 1, 399. Voy. en sens contraire : Troplong, *op. cit.*, I, 147; Colmar, 26 mai 1831, Sir., 46, 1, 33, à la note.

9 On dit ordinairement que les eaux pluviales coulant sur une voie publique, sont imprescriptibles. Le principe est exact en ce sens que le propriétaire inférieur, qui a dérivé ces eaux par des travaux faits sur son fonds, ne peut pas plus opposer au propriétaire supérieur qui voudrait s'en emparer, la prescription trentenaire, qu'il ne pourrait se prévaloir contre lui d'une simple préoccupation ; et c'est là ce qu'ont décidé les arrêts cités à la note 6 *supra*. Mais l'hypothèse dont il s'agit actuellement est toute différente, et soulève la question de savoir si, à l'aide de travaux exécutés sur un fonds appartenant à autrui et longeant une voie publique, on peut acquérir par prescription, à l'encontre du propriétaire de ce fonds, le droit de recueillir les eaux pluviales coulant sur cette voie. Or, la question posée en ces termes nous paraît devoir être résolue affirmativement, dès que l'on admet qu'un pareil droit peut être acquis par convention. Req. rej., 16 mars 1853, Sir., 53, 1, 621. Voy. en sens contraire : Troplong, *op. cit.*, I, 147. Cpr. Limoges, 22 janvier 1839, Sir., 39, 2, 284 ; Limoges, 14 juillet 1840, Sir., 41, 2, 1. Ces arrêts, sainement entendus, ne sont nullement contraires à notre manière de voir. Dans l'espèce du premier, les travaux n'avaient pas été établis sur le fonds du propriétaire supérieur, contre lequel la prescription était invo-

Les eaux pluviales provenant d'une voie publique cessent d'être *res nullius*, dès qu'elles ont été amenées dans un fonds privé. En cet état, elles sont assimilables aux eaux de source, et la solution affirmative de la question de savoir si les propriétaires inférieurs peuvent, par titre, par destination du père de famille, ou par prescription, acquérir un droit sur ces eaux, ne présente plus aucune difficulté [10].

Il est, du reste, bien entendu que les droits acquis, à l'encontre du propriétaire de tel ou tel fonds, sur des eaux pluviales à l'état, soit de *res nullius*, soit de propriété privée, ne sont point opposables aux autres riverains de la voie publique, qui conservent toujours la faculté de les dériver [11].

§ 246.

3. *Des eaux courantes.*

1° Les eaux auxquelles s'appliquent les art. 644 et 645 sont, à l'exclusion de toutes autres, les cours d'eau naturels qui ne forment pas des dépendances du domaine public.

Les dispositions de ces articles sont donc étrangères aux eaux pluviales [1], et à celles des lacs, étangs [2], ou réservoirs [3]. Elles restent sans application aux eaux dérivées d'un étang, alors même qu'elles seraient conduites, au lieu où elles doivent être utilisées, par le lit d'une ancienne rivière, ou qu'il s'y mêlerait des eaux pro-

quée. Le second a rejeté la prescription par le double motif que les travaux dont on se prévalait, ne se prolongeaient pas jusqu'à la voie publique, et qu'ils n'avaient été établis qu'à la faveur d'une simple tolérance.

10 Demolombe, XI, 117. Req. rej., 9 avril 1856, Sir., 56, 1, 399. Cpr. Dijon, 17 juin 1864, Sir., 66, 2, 17.

11 Cpr. cep. Limoges, 1er décembre 1840, Sir., 41, 2, 170.

1 Il en est ainsi, alors même que les eaux pluviales ont été réunies dans un canal. Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1330. Demante, *Cours*, II, 495 *bis*, I. Demolombe, XI, 106 et 121. Zachariæ, § 237, note 1re. Civ. rej., 14 janvier 1823, Sir., 23, 1, 173. Rennes, 10 février 1826, Sir., 28, 2, 74. Colmar, 29 mai 1829, Sir., 29, 2, 352. Caen, 26 février 1844, Sir., 44, 2, 335. Voy. en sens contraire : Garnier, III, 717.

2 Proudhon, *op. cit.*, IV, 1422. Zachariæ, *loc. cit.*

3 Proudhon, *op. cit.*, IV, 1422. Marcadé, sur l'art. 644, n° 1. Daviel, III, 825. Demolombe, XI, 122.

venant de ruisseaux supérieurs [4]. Mais il en est autrement des cours d'eau naturels traversant des étangs qu'ils alimentent [5].

Les dispositions des articles précités ne concernent pas davantage les rivières navigables ou flotttables avec bâteaux, trains ou radeaux [6], ni les canaux artificiels appartenant, soit à l'État, soit à des particuliers [7].

Les droits d'usage mentionnés en l'art. 644 ne sont accordés qu'aux riverains, c'est-à-dire aux propriétaires de fonds contigus au cours d'eau. Ainsi, ils ne peuvent être réclamés par celui dont l'héritage est séparé du cours d'eau par un chemin public, ou par un chemin privé appartenant à un tiers [8]. Ainsi encore, les propriétaires non riverains d'un cours d'eau naturel ne sont pas admis, comme riverains d'un canal artificiel dérivé de ce cours d'eau, à demander que le propriétaire du canal leur transmette les eaux ainsi dérivées [9].

Pour résoudre la question de savoir ce qu'il faut entendre par *fonds riverains*, on doit s'attacher à l'état des lieux tel qu'il existe au moment où est formée la réclamation tendant à l'usage des eaux. Ainsi, lorsque le propriétaire d'un fonds riverain l'a augmenté par de nouvelles acquisitions, ou que le propriétaire d'un fonds séparé du cours d'eau en a opéré la jonction avec un fonds

4 Req. rej., 21 juin 1859, Sir., 59, 1, 661. Civ. cass., 19 avril 1865, Sir., 65, 1, 252.

5 Civ. rej., 20 février 1839, Sir., 39, 1, 414.

6 Cpr. § 169, texte et note 5.

7 Delvincourt, I, p. 380. Duranton, V, 236 à 238. Pardessus, I, 111. Marcadé, sur l'art. 644, n° 1. Demante, *Cours*, II, 495 *bis*, II. Demolombe, XI, 127. Zachariæ, § 237, texte et note 3. Colmar, 12 juillet 1812, Sir., 14, 2, 6. Civ. rej., 28 novembre 1815, Sir., 16, 1, 374. Civ. cass., 9 décembre 1818, Sir., 19, 1, 168. Civ. cass., 17 mars 1840, Sir., 40, 1, 472. Bordeaux, 2 juin 1840, Sir., 40, 2, 355. Req. rej., 15 avril 1845, Sir., 45, 1, 585. Cpr. Req. rej., 24 décembre 1860, Sir., 62, 1, 977; Agen, 26 juillet 1865, Sir., 66, 2, 115. — Voy. sur ce qu'il faut entendre par canal artificiel ou creusé de main d'homme : Civ. rej., 7 août 1839, Sir., 39, 1, 860; Civ. rej., 25 avril 1854, Sir., 54, 1, 458.

8 Duranton, V, 209. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1421. Daviel, II, 598. Garnier, III, 771. Demolombe, XI, 139. Zachariæ, § 237, texte et note 4. Toulouse, 26 novembre 1832, Sir., 33, 2, 572. Bordeaux, 2 juin 1840, Sir., 40, 2, 355. Angers, 28 janvier 1847, Sir., 47, 2, 256. Dijon, 23 janvier 1867, Sir., 67, 2, 259.

9 Req. rej., 20 décembre 1860, Sir., 62, 1, 977.

qui y touche, le droit à l'usage des eaux peut être réclamé pour l'ensemble des héritages ainsi réunis en un seul [10].

Que si le propriétaire d'un fonds riverain en avait aliéné une partie, l'acquéreur et le vendeur jouiraient en concurrence du droit à l'usage des eaux, à supposer que ce droit eût fait l'objet d'une clause expresse, ou qu'il dût être considéré comme tacitement concédé ou réservé, par suite de l'existence de travaux destinés à en faciliter l'exercice pour l'héritage tout entier [11]. La même solution s'appliquerait au cas de la division d'un fonds riverain par l'effet d'un partage.

Les droits d'usage que l'art. 644 accorde sur les eaux courantes aux propriétaires riverains, sont plus ou moins étendus, suivant qu'il s'agit de fonds traversés ou simplement bordés par ces eaux.

2° Celui dont le fonds est traversé par une eau courante, peut s'en servir, non-seulement pour l'irrigation, mais encore pour tous autres usages d'utilité ou d'agrément [12]. A cet effet, il est non-seulement autorisé à y faire des prises d'eau à l'aide de saignées et de barrages, mais encore à la détourner en totalité dans l'intervalle qu'elle traverse sur son fonds, à charge de la rendre à son cours ordinaire à la sortie de ce fonds, c'est-à-dire à l'endroit où il cesse d'être propriétaire des deux rives ou de l'une d'elles seulement [13]. Art. 644, al. 2.

[10] Daviel, II, 586. Bertin, *Code des irrigations*, n°s 70 à 74. Demolombe, XI, 152. Limoges, 9 août 1838, Dalloz, 1839, 2, 37. Voy. en sens contraire : Duranton, V, 235; Proudhon, *op. cit.*, IV, 1426; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 271.

[11] Daviel, II, 590, et III, 770. Proudhon, IV, 1259. Demolombe, XI, 153 et 154. Cpr. cep. Pardessus, I, 106; Bertin, *op. cit.*, n° 78. Suivant ces auteurs, la solution donnée au texte ne serait exacte qu'au point de vue des relations des parties entre elles, et ne devrait plus être admise dans les rapports de ces dernières avec les autres riverains. Mais nous ne comprendrions pas que la position de ceux-ci pût se trouver améliorée par l'effet de la division d'un fonds qui jouissait pour toutes ses parties des droits conférés par l'art. 644.

[12] Duranton, V, 225. Garnier, II, 78. Demolombe, XI, 163 et 164. Bourges, 11 juin 1828, Dalloz, 1831, 2, 168. Voy. en sens contraire : Proudhon, *op. cit.*, IV, 1427. Suivant cet auteur, le propriétaire d'un fonds traversé par une eau courante, ne pourrait en user que pour l'irrigation. Mais cette opinion est contraire au texte formel de l'art. 644, et à la distinction qu'il établit entre les droits du propriétaire des deux rives, et ceux du propriétaire de l'une des rives seulement.

[13] Proudhon, IV, 1429. Demolombe, XI, 167. Zachariæ, § 237, texte et note 7.

Cette restriction, apportée à l'exercice de son droit, conduit à reconnaître que, si ce droit est plus étendu que celui du riverain d'un seul côté [14], il ne l'autorise cependant pas à absorber complétement les eaux, au détriment des riverains inférieurs, de ceux-là mêmes dont elles bordent simplement la propriété [15].

D'un autre côté, le propriétaire dont le fonds est traversé par un cours d'eau, ne peut, même sur ce fonds, en changer la direction au préjudice des besoins d'une communauté d'habitants [16].

3° Celui dont le fonds est simplement bordé par une eau courante, peut s'en servir à son passage, c'est-à-dire sans en détourner le cours [17], pour l'irrigation *de ses propriétés*. Par ces termes, dont se sert l'art. 644, on doit entendre, non-seulement le fonds riverain lui-même, mais encore les héritages plus éloignés appartenant au propriétaire de ce fonds [18].

Le droit d'usage dont il s'agit n'étant accordé au riverain d'un seul côté que pour l'irrigation, ce dernier ne peut, en principe et à titre de droit, faire des prises d'eau destinées à d'autres usages

[14] Demante, *Cours*, II, 495 *bis*, V. Demolombe, XI, 166. Req. rej., 15 juillet 1807, Sir., 7, 1, 470. Paris, 19 mars 1838, Dalloz, 1839, 2, 148. Req. rej., 8 juillet 1846, Sir., 47, 1, 799.

[15] Cette conclusion ressort, d'une manière plus évidente encore, de la suppression des mots *à sa volonté*, qui figuraient dans la rédaction primitive de l'art. 644, à la suite des termes *peut en user*. Locré, *Lég.*, VIII, p. 322 et 323, art. 6 ; p. 340 à 342, nos 9 et 10 ; p. 348, art. 9. Duranton, V, 218. Pardessus, I, 106. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, p. 180. Daviel, II, 584. Zachariæ, § 237, texte et note 9. Req. rej., 7 avril 1807, Sir., 7, 1, 183. Caen, 19 août 1837, Sir., 38, 2, 25. Civ. cass., 21 août 1844, Sir., 44, 1, 737. Civ. cass., 4 décembre 1861, Sir., 62, 1, 161. Civ. cass., 17 décembre 1861, Sir., 62, 1, 165. Chambéry, 27 mars 1863, *Journal de Grenoble et de Chambéry*, 1863, p. 60. Dijon, 1er décembre 1865, Sir., 66, 2, 123. Voy. cep. Bourges, 18 juillet 1826, Sir., 27, 2, 240 ; Bourges, 7 avril 1837, Sir., 37, 2, 319.

[16] Arg. *a fortiori*, art. 643. Demolombe, XI, 92 *bis*. Nancy, 29 avril 1842, Sir., 42, 2, 486. Req. rej., 15 janvier 1849, Sir., 49, 1, 329.

[17] Cpr. Besançon, 27 novembre 1844, Sir., 46, 2, 11.

[18] Voy. pour la justification de cette proposition, qui n'est plus guère contestable depuis la loi du 29 avril 1845 : § 241, texte et note 7. Req. rej., 24 janvier 1865, Sir., 65, 1, 62. La seule difficulté qui puisse encore s'élever est de savoir, quel est le volume d'eau que le propriétaire riverain est en droit de réclamer dans l'hypothèse prévue au texte. Cpr. en sens divers sur ce point : Civ. rej., 8 novembre 1854, Sir., 55, 1, 49 ; Lyon, 15 novembre 1854, Sir., 55, 2, 78 ; Colmar, 9 avril 1861, Sir., 61, 2, 457.

d'utilité professionnelle ou d'agrément ; et si un pareil emploi des eaux devait avoir pour résultat de priver le riverain de l'autre côté ou les riverains inférieurs d'une partie de l'eau nécessaire à l'irrigation de leurs propriétés, ils seraient fondés à s'y opposer[19]. Mais on ne saurait dénier à celui dont un cours d'eau borde le fonds, le droit de se servir de l'eau pour de simples usages domestiques[20].

Le riverain d'un seul côté peut, comme celui dont l'héritage est traversé par une eau courante, faire sur son fonds des prises d'eau, non-seulement au moyen de rigoles et de saignées, mais encore à l'aide de barrages[21], à cette restriction près qu'il n'est pas autorisé à les prolonger jusqu'à la rive opposée, à moins d'avoir volontairement ou judiciairement obtenu le droit d'appui sur cette rive[22]. Il peut même pratiquer sa prise d'eau sur un fonds supérieur au sien, en obtenant à cet effet le consentement du propriétaire de ce fonds[23].

Quoique la loi n'impose pas au riverain d'un seul côté, l'obligation de restituer le superflu des eaux qu'il a dérivées pour les besoins de l'irrigation, il n'a cependant pas le droit de disposer de ce superflu, soit en le retenant pour l'employer à d'autres usages, soit

19 Cpr. en sens divers : Toullier, III, 141 ; Duranton, V, 225 et 227 ; Proudhon, *op. cit.*, IV, 1425 et 1427 ; Garnier, II, 83 ; Daviel, II, 626 ; Gaudry, *Du domaine*, I, p. 355 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 674 ; Demante, *Cours*, II, 495 ; Demolombe, XI, 156 ; Zachariæ, § 237, note 5 ; Ballot, *Revue pratique*, 1858, V, p. 56 ; Besançon, 10 février 1864, Sir., 64, 2, 217 ; Dijon, 23 janvier 1867, Sir., 67, 2, 259.

20 Civ. rej., 10 décembre 1862, Sir., 63, 1, 77. Req. rej., 16 février 1866, Sir., 66, 1, 101.

21 Req. rej., 25 novembre 1857, Sir., 58, 1, 455.

22 C'était autrefois une question controversée, que celle de savoir si le propriétaire de l'une des rives pouvait appuyer son barrage sur la rive opposée, sans le consentement du propriétaire de cette rive. Voy. pour l'affirmative : Delvincourt, I, p. 380 ; Pardessus, I, 105. Voy. pour la négative : Duranton, V, 213 ; Daviel, II, 526 ; Metz, 28 avril 1824, Sir., 25, 2, 266 ; Rouen, 6 mai 1828, Sir., 28, 2, 347 ; Req. rej., 12 mai 1840, Sir., 40, 1, 696 ; Besançon, 27 novembre 1844, Sir., 46, 2, 11. Cette dernière solution a évidemment servi de base à la loi du 11 juillet 1847, suivant laquelle le propriétaire de l'une des rives ne peut obtenir, qu'à la charge d'indemnité, la faculté d'appuyer sur la rive opposée les ouvrages d'art nécessaires à la prise d'eau. Cpr. § 241, texte n° 3.

23 Demolombe, XI, 147. Zachariæ, § 237, note 4. Req. rej., 21 novembre 1864, Sir., 65, 1, 21. Cpr. § 241, texte et note 6.

en le concédant à des tiers[24]. Mais aussi n'est-il pas tenu de faire exécuter, à ses frais, les travaux nécessaires pour ramener le superflu des eaux dans le ruisseau ou dans la rivière dont elles ont été dérivées, sauf aux tribunaux à prescrire, en conformité de l'art. 645, les dispositions nécessaires pour restreindre la prise d'eau à la mesure des besoins réels de l'irrigation[25].

4° A côté des règles spéciales à chacune des situations que prévoit l'art. 644, il en est d'autres qui leur sont communes, et qui s'appliquent sans distinction à tous les riverains, que les fonds soient traversés ou simplement bordés par le cours d'eau.

a. Les propriétaires riverains d'une eau courante, autorisés en cette qualité à en dériver une partie pour l'irrigation, peuvent concéder à des tiers, même non riverains, le droit de prise d'eau, tel qu'il leur appartient[26].

b. Les riverains ou leurs concessionnaires ne peuvent rien faire qui soit de nature à causer aux autres riverains un dommage injuste. Ainsi, il leur est interdit d'établir des ouvrages qui auraient pour résultat de faire refluer les eaux sur les fonds voisins, ou d'en occasionner l'infiltration dans ces fonds[27]. Il leur est également interdit de se servir des eaux de manière à les altérer ou à les corrompre, au préjudice des riverains inférieurs[28].

c. Les riverains ou leurs concessionnaires ne peuvent pas davantage élever, sur le cours d'eau, des ouvrages dont le résultat serait de modifier l'écoulement naturel des eaux au détriment d'une usine régulièrement établie. C'est ainsi qu'il leur est interdit de les retenir au moyen de réservoirs, pendant des intervalles plus ou moins longs, et d'en rendre ainsi le cours intermittent au préjudice des usines situées en aval[29]. C'est ainsi encore qu'un rive-

24 Daviel, II, 588. Demante, *Cours*, II, 495 *bis*, IV. Demolombe, XI, 155. Cpr. Req. rej., 11 avril 1837, Sir., 37, 1, 493.

25 Demante, *Cours*, II, 495 *bis*, IV. Metz, 5 juin 1866, Sir., 67, 2, 228.

26 Voy. pour la justification de cette proposition : § 241, texte et note 7.

27 Zachariæ, § 237, texte et note 9. Civ. cass., 1er décembre 1829, Sir., 30, 1, 32. Riom, 10 février 1830, Sir., 32, 2, 574. Civ. cass., 26 mars 1844, Sir., 44, 1, 478.

28 Pardessus, I, 91. Demolombe, XI, 170. Douai, 3 mars 1845, Sir., 45, 2, 337. Req. rej., 9 janvier 1856, Sir., 56, 1, 27. Civ. rej., 27 avril 1857, Sir., 57, 1, 817. Req. rej., 16 janvier 1866, Sir., 66, 1, 101.

29 Daviel, II, 631. Demolombe, XI, 168. Caen, 19 août 1837, Sir., 38, 2, 25. Req. rej., 12 février 1845, Sir., 45, 1, 596. Req. rej., 3 août 1852, Sir., 52, 1, 652.

rain, bien qu'il soit en principe autorisé à construire un barrage pour élever les eaux au niveau de son fonds, ne peut cependant user de cette faculté au détriment d'une usine établie en amont, sous les roues de laquelle il ferait refluer les eaux[30].

d. Les droits respectifs d'usage, tels que l'art. 644 les accorde aux riverains d'un cours d'eau, peuvent être modifiés par l'effet, soit d'une convention expresse ou tacite, soit de la prescription[31].

La convention par laquelle l'un des riverains renonce, au profit d'un autre, à tout ou partie des droits d'usage qui lui compètent d'après l'art. 644, est opposable à tous les riverains, pour autant qu'elle ne restreint pas leurs propres droits. Elle est en outre obligatoire pour les successeurs, même à titre particulier, de celui qui a consenti une pareille renonciation[32].

Le droit d'usage concédé par l'art. 644 est, comme toute autre faculté légale, imprescriptible en ce sens qu'il ne se perd pas par le non-usage ; et cela, dans le cas même où, par suite de l'abstention de l'un des riverains, les autres riverains ont joui des eaux dans une mesure plus étendue que celle à laquelle ils auraient pu prétendre, s'il avait de son côté exercé son droit[33].

Mais le droit d'usage dont s'agit étant, malgré son caractère purement facultatif, susceptible de former l'objet d'une renonciation conventionnelle, ce caractère ne s'oppose pas davantage à ce que ce droit puisse s'éteindre par la prescription trentenaire, à supposer qu'une contradiction suffisante pour mettre le riverain auquel il compète en demeure de le faire valoir, ait été suivie pendant trente ans de l'inaction de celui-ci. Cette contradiction peut, suivant les circonstances, résulter, soit du seul établissement de certains travaux exécutés sur le cours d'eau, soit d'actes judiciaires

30 Civ. cass., 5 mars 1833, Sir., 33, 1, 479. Civ. cass., 18 avril 1838, Sir., 38, 1, 547. Req. rej., 8 décembre 1841, Sir., 42, 1, 970. Civ. cass., 15 février 1860, Sir., 61, 1, 56.

31 Demolombe, XI, 175.

32 Cpr. Req. rej., 18 novembre 1845, Sir., 46, 1, 74 ; Caen, 22 février 1857, Sir., 57, 2, 204.

33 Art. 2232. Duranton, V, 224. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1435. Pardessus, I, 21, 110 et 116. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 406. Troplong, *De la prescription*, I, 112 et suiv. Daviel, II, 581 et suiv. Demolombe, XI, 177. Grenoble, 17 juillet 1830, Sir., 31, 2, 81. Grenoble, 24 novembre 1843, Sir., 44, 2, 486. Lyon, 15 novembre 1854, Sir., 55, 2, 78. Civ. cass., 23 novembre 1858, Sir., 59, 1, 682. Pau, 27 mai 1861, Sir., 61, 2, 624.

ou extra-judiciaires faits à la requête de l'auteur de pareils travaux[34].

Des travaux apparents et permanents, tels qu'un fossé, un barrage, une écluse, à l'aide desquels l'un des riverains a détourné, au préjudice des riverains inférieurs, un volume d'eau plus considérable que celui auquel il pouvait prétendre en vertu de l'art. 644, ayant pour résultat de placer ces derniers dans l'impossibilité d'user des eaux ainsi détournées, constitue à leur égard une contradiction suffisante pour leur faire perdre, par la prescription, le droit d'en réclamer ultérieurement l'usage[35].

Il en est autrement quant aux riverains supérieurs, que des travaux quelconques faits en aval ne placent pas dans l'impossibilité d'user des eaux en amont. A leur égard, l'établissement de travaux exécutés par un riverain inférieur est donc à lui seul insuffisant pour les mettre en demeure de faire valoir leurs droits ; ce résultat ne peut être atteint qu'au moyen d'actes judiciaires ou extra-judiciaires, par lesquels l'auteur des travaux déclare formellement s'opposer à l'exercice de ces droits. C'est ce qui a lieu dans le cas où ce dernier, troublé dans sa jouissance par l'entreprise d'un riverain supérieur, s'y est fait maintenir au possessoire, et même dans celui où il se serait borné à lui faire défense formelle, par acte extra-judiciaire, de renouveler son entreprise. Si donc le riverain supérieur a, depuis une telle contradiction, laissé passer trente années sans faire reconnaître son droit en justice, ou sans l'exercer matériellement, la prescription est acquise contre lui[36]. Mais une protestation simplement éventuelle, notifiée aux propriétaires supérieurs, contre tout exercice de leurs droits, serait inefficace pour opérer contradiction, alors même qu'elle émanerait d'un riverain inférieur qui aurait établi une usine sur le cours d'eau, ou qui aurait pratiqué une prise d'eau permanente.

34 Il n'est pas nécessaire que les travaux auxquels se rattache la contradiction, aient été exécutés sur le fonds de celui contre lequel la prescription est invoquée. Pau, 27 mai 1861, Sir., 61, 2, 624. Cpr. Civ. rej., 4 janvier 1841, Sir., 41, 1, 248 ; Civ. cass., 4 mars 1846, Sir., 46, 1, 401.

35 Vazeille, *op. et loc. citt.* Demolombe, XI, 179. Req. rej., 4 avril 1842, Sir., 42, 1, 308. Req. rej., 26 février 1844, Sir., 44, 1, 779. Colmar, 15 novembre 1859, Sir., 60, 2, 191. Pau, 27 mai 1861, Sir., 61, 2, 624. Req. rej., 3 juin 1861, Sir., 62, 4, 383. Req. rej., 26 juillet 1864, Sir., 64, 1, 438. Cpr. Req. rej., 27 février 1854, Sir., 55, 1, 92.

36 Duranton, V, 224. Proudhon, *op. et loc. citt.* Voy. aussi : Civ. cass., 23 novembre 1858, Sir., 59, 1, 682. Cpr. cep. Demolombe, XI, 180.

Du reste, la prescription peut, sous les conditions qui viennent d'être indiquées, s'accomplir tout aussi bien au profit de tiers non riverains qu'au profit de riverains[37].

Elle peut même être invoquée comme ayant dérogé au mode de jouissance établi par un règlement administratif, à supposer, bien entendu, que cette dérogation ne porte atteinte, ni aux droits des tiers, ni à l'intérêt général[38].

e. Les droits d'usage conférés par l'art. 644 ne peuvent être exercés au détriment de concessions faites, avant 1789, à des particuliers, riverains ou non, par le souverain, ou par d'anciens seigneurs, investis en cette qualité de la libre disposition des eaux courantes comprises dans leurs seigneuries[39]. On doit même, en l'absence de toute production de titre, considérer comme établies

[37] Proudhon, *op. cit.*, IV, 1434. Bourges, 7 août 1835, Sir., 37, 1, 493. Req. rej., 26 février 1844, Sir., 44, 1, 779. Cpr. Lyon, 13 décembre 1854, Sir., 56, 2, 41.

[38] Demolombe, XI, 183. Cpr. cep. Paris, 8 août 1836, Sir., 36, 2, 467; Paris, 30 avril 1844, Sir., 44, 2, 484.

[39] La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître que les lois abolitives de la féodalité n'ont pas frappé d'inefficacité les concessions de cette nature, faites à des particuliers non seigneurs, et que, d'un autre côté, l'art. 644 n'a porté aucune atteinte aux droits acquis en vertu de pareilles concessions. Favard, *Rép.*, v° Servitude, sect. II, § 1, n° 16. Pardessus, I, 95. Duranton, V, 228. Daviel, II, 602 et 603. Demolombe, XI, 159. Req. rej., 23 ventôse an X, Sir., 2, 2, 416. Grenoble, 17 juillet 1830, Sir., 31, 2, 81. Req. rej., 19 juillet 1830, Sir., 34, 1, 618, à la note. Req. rej., 10 avril 1838, Sir., 38, 1, 842. Civ. rej., 9 août 1843, Sir., 44, 1, 6. Bordeaux, 13 juin 1849, Sir., 49, 2, 544. Décrets en Conseil d'État des 22 et 29 novembre 1851, Sir., 52, 2, 157 et 159. Voy. cep. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Cours d'eau, § 1. Voy. aussi : Proudhon, *op. cit.*, III, 1052 à 1054. Toutefois la Cour de cassation a décidé que lorsqu'il s'agit de moulins, qui, construits par d'anciens seigneurs, sont restés en leur possession ou dans celle de leurs représentants jusqu'aux lois abolitives de la féodalité, l'existence ancienne de ces moulins ne forme point un titre opposable aux autres riverains, et ne les empêche pas de réclamer l'application des art. 644 et 645, alors même que, depuis l'abolition de la féodalité, la propriété en aurait été transmise à des tiers. Civ. cass., 21 juillet 1834, Sir., 34, 1, 615. Cette décision nous paraît parfaitement juridique. La jouissance exclusive des eaux par l'ancien seigneur, propriétaire du moulin, constituait pour lui, bien moins un droit privé, qu'un droit seigneurial, qui n'a pu survivre à l'abolition de la féodalité, et qui par conséquent n'était plus susceptible d'être ultérieurement transmis avec la propriété du moulin. Voy. en sens contraire : Pardessus et Demolombe, *locc. citt.*

en vertu de concessions de ce genre, les usines dont l'existence remonterait à plus de trente ans antérieurement à 1789[40].

Quant aux concessions faites et aux autorisations données, depuis 1789, par l'autorité administrative, soit pour l'établissement d'usines, soit pour la dérivation des eaux, elles sont bien opposables aux riverains, en ce sens qu'ils ne peuvent réclamer la suppression des ouvrages établis en vertu de pareilles autorisations ou concessions ; mais, tout en modifiant ainsi l'exercice des droits qu'ils tiennent de l'art. 644, elles ne les en privent cependant pas, et leur laissent la faculté de les faire valoir par voie de demande en dommages-intérêts[41].

f. Indépendamment des droits d'usage dont il vient d'être parlé, les riverains des cours d'eau naturels non compris dans le domaine public, jouissent encore du droit de pêche, et du bénéfice de l'accession sur les îles et îlots qui se forment dans ces cours d'eau[42].

Mais ils n'ont pas le droit de s'opposer au passage des bateaux, que toute personne est autorisée à y faire circuler, à titre de faculté résultant de l'usage commun auquel les cours d'eau sont affectés[43].

[40] Pardessus et Duranton, *locc. citt.* Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1162. Cormenin, *Quest. de Droit administratif*, II, p. 369. Daviel, II, 610. Garnier, 1, 118. Demolombe, *loc. cit.* Caen, 19 août 1837, Sir., 38, 2, 25. Req. rej., 23 avril 1844, Sir., 44, 1, 712. Ord. en Conseil d'État du 15 mars 1844, Sir., 44, 2, 277.

[41] Ces deux points sont généralement admis aujourd'hui. Proudhon, *op. cit.*, V, 1496. Req. rej., 14 février 1833, Dalloz, 1833, 1, 138. Ord. en Cons. d'État des 18 juillet 1838 et 22 mai 1840, Sir., 44, 2, 88, et 90. Req. rej., 26 janvier 1841, Sir., 41, 1, 409. Douai, 13 juillet 1855, Sir., 56, 2, 337. Voy. cep. Demolombe, XI, 193. La seule question délicate que soulèvent les concessions faites par l'autorité administrative sur des cours d'eau qui ne sont ni navigables ni flottables, est de savoir, si les riverains qu'une pareille concession a lésés dans leurs droits d'usage, sont admis à demander, par la voie contentieuse, l'annulation de l'acte administratif qui la renferme, comme entaché d'excès de pouvoir. Cette question a été décidée négativement par un décret en Conseil d'État du 1er septembre 1858 (Sir., 59, 2, 455). Nous serions disposés à admettre cette solution, s'il s'agissait de concessions faites dans un intérêt général ou collectif ; mais elle nous paraîtrait contestable pour celles qui n'auraient eu lieu que dans un intérêt individuel. Cpr. § 241, note 22.

[42] Voy. à cet égard : § 201, texte n° 1, notes 18 à 20 ; § 203, texte, lett. *c*.

[43] Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1244. Dufour, *Droit administratif*, IV, 443 ; et *Police des eaux*, n° 212. Demolombe, X, 147. Douai, 18 décembre

5° Pour terminer l'explication de la matière qui forme l'objet de ce paragraphe, il reste à exposer les règles relatives aux attributions respectives du pouvoir judiciaire et de l'autorité administrative, en ce qui concerne les cours d'eau qui ne sont ni navigables ni flottables.

a. Les contestations qui peuvent s'élever relativement à l'usage des eaux courantes, sont de la compétence exclusive des tribunaux, lorsque, n'ayant pour objet que l'existence, l'étendue, ou le mode d'exercice des droits des parties, elles n'engagent aucune question de police des eaux, et se renferment ainsi dans l'appréciation d'intérêts privés[44].

Les tribunaux saisis d'une demande de cette nature ne peuvent, sous un prétexte quelconque, refuser de dire droit aux parties en cause[45]. Ainsi, lorsqu'un usinier provoque la destruction d'un barrage, construit sans autorisation par un riverain inférieur, comme faisant refluer les eaux d'une manière préjudiciable au mouvement de son usine, le juge devant lequel la demande est portée, ne peut refuser d'y statuer, en renvoyant au préalable les parties devant l'autorité administrative, pour faire fixer la hauteur de la retenue d'eau[46]. Ainsi encore, le tribunal, saisie d'une

1845, Sir., 47, 2, 11. Civ. cass., 8 mars 1865, Sir., 65, 1, 108. Rouen, 3 janvier 1866, Sir., 66, 2, 152. Voy. en sens contraire : Daviel, II, 551; Paris, 2 août 1862, Sir., 62, 2, 355.

[44] Civ. cass., 19 frimaire an VIII, Sir., 1, 1, 271. Déc. en Conseil d'État, du 7 octobre 1807, Sir., 16, 2, 197, et du 28 novembre 1809, Sir., 10, 2, 73. Req. rej., 30 août 1830, Sir., 31, 1, 42. Caen, 19 août 1837, Sir., 38, 2, 25. Req. rej., 26 juillet 1854, Sir., 55, 1, 52. Req. rej., 16 avril 1856, Sir., 57, 1, 202. Déc. en Cons. d'État, du 1er septembre 1858, Sir., 59, 2, 456. Req. rej., 29 juin 1859, Sir., 60, 1, 158. Déc. en Cons. d'État, du 20 juillet 1860, Sir., 60, 2, 502. Civ. rej., 15 février 1861, Sir., 61, 1, 56. Voy. aussi : Décret en Cons. d'État, du 8 avril 1865, Sir., 66, 2, 292.

[45] Cpr. Civ. cass., 10 avril 1821, Sir., 21, 1, 316.

[46] Voy. en sens contraire : Req. rej., 28 décembre 1830, Sir., 31, 1, 44. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation s'est fondée sur l'art. 16, tit. II, de la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, d'après lequel c'est à l'autorité administrative qu'il appartient de fixer la hauteur à laquelle doivent être tenues les eaux des moulins et autres usines. Mais cette attribution, qui n'est conférée à l'administration qu'en vue de l'utilité publique, ne pouvait apporter aucune restriction à la compétence des tribunaux, dans une contestation qui ne portait que sur des droits et des dommages privés, et ne soulevait aucune question de police des eaux. Nous ajouterons que le jugement qui aurait ordonné la suppression du

contestation engagée entre deux riverains au sujet de la répartition des eaux, ne peut se dispenser d'y statuer, par la raison que le volume d'eau ne serait pas connu, ou que tous les ayants-droit ne seraient pas en cause[47].

Lorsqu'il s'agit d'une rivière ou d'un ruisseau alimenté par des affluents, les riverains du cours d'eau principal sont admis à faire régler judiciairement l'usage des eaux, non-seulement à l'encontre des autres riverains de ce cours d'eau, mais encore avec ceux dont les propriétés sont traversées ou bordées par les affluents[48].

Pour la décision des contestations relatives à la répartition des eaux entre les riverains auxquels elles peuvent être utiles, les tribunaux doivent s'attacher à concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété. Art. 645. Il en résulte qu'ils violeraient la loi en rejetant une demande tendant à faire régler l'usage des eaux, par le motif que leur répartition entre tous les intéressés aurait pour résultat de rendre illusoire le droit du propriétaire supérieur, contre lequel la demande est formée[49].

Le pouvoir modérateur que l'art. 645 confère aux tribunaux cesse, lorsque la répartition et le mode de jouissance des eaux se trouvent déjà déterminés, soit par des conventions ou des décisions judiciaires intervenues entre tous les intéressés[50], soit par des règlements locaux, c'est-à-dire par des règlements administratifs, éta-

barrage établi sans autorisation, ne pouvait en rien entraver l'exercice du pouvoir réglementaire de l'administration. Cpr. dans le sens de notre opinion : Civ. cass., 5 mars 1833, Sir., 33, 1, 479.

[47] Il appartient, en effet, aux tribunaux de prescrire toutes les voies d'instruction nécessaires pour déterminer le volume d'eau, et pour le répartir équitablement entre les parties en cause, sans qu'ils aient à se préoccuper des intérêts et des droits des autres riverains, qui ne figurent pas dans l'instance, et dont ils peuvent d'ailleurs ordonner la mise en cause, s'ils le jugent convenable. Req. rej., 18 décembre 1865, Sir., 66, 1, 55. Voy. cep. en sens contraire : Req. rej., 25 novembre 1857, Sir., 58, 1, 455.

[48] Civ. cass., 3 décembre 1846, Sir., 46, 1, 211.

[49] Civ. cass., 4 décembre 1861, Sir., 61, 1, 161. Civ. cass., 17 décembre 1861, Sir., 62, 1, 165.

[50] Req. rej., 8 septembre 1814, Sir., 15, 1, 26. Cpr. Req. rej., 2 août 1827, Sir., 28, 1, 63 ; Caen, 5 décembre 1827, Sir., 30, 2, 206. — Il en serait autrement s'il s'agissait de conventions qui ne fussent pas intervenues entre tous les intéressés, ou qui n'eussent pas réglé entre eux tous la répartition des eaux. Civ. cass., 10 avril 1821, Sir., 21, 1, 316. Civ. cass., 17 décembre 1861, Sir., 62, 1, 165. Cpr. Req. rej., 19 juillet 1865, Sir., 66, 1, 163.

blis pour toute l'étendue d'un cours d'eau, ou pour une partie de son parcours[51]. Art. 645.

Mais, dans le cas même où, à raison de l'absence de conventions, décisions, ou règlements de cette nature, il y a lieu, par les tribunaux, de procéder à la répartition des eaux entre les parties en cause, ils ne peuvent faire usage du pouvoir qui leur est conféré par l'art. 645, que sous la condition de respecter les droits acquis à l'usage de eaux, par titre, par destination du père de famille, par prescription, ou par l'effet d'une concession[52].

Les tribunaux compétemment saisis d'une demande en répartition d'eaux, sont autorisés à ordonner l'établissement des ouvrages nécessaires pour assurer à chacun des riverains, la portion d'eau qui lui est attribuée[53].

b. L'autorité administrative est, comme investie de la police de ous les cours d'eau[54], autorisée à prendre, dans un but d'intérêt général, les mesures destinées à faciliter le libre écoulement des eaux, et à prévenir les dommages qu'elles pourraient causer, si elles étaient tenues à une trop grande élévation.

Il suit de là que la fixation de la hauteur des retenues d'eau, rentre dans les attributions exclusives de l'administration, et qu'à elle seule il appartient d'autoriser l'établissement, sur les cours d'eau, même non navigables ni flottables, d'usines, de barrages, ou d'autres ouvrages destinés à opérer des retenues ou des dérivations d'eau[55]. Les travaux de cette nature faits sans autorisation n'ont aucune existence légale au regard de l'administration, qui

[51] Demolombe, XI, 192. Req. rej., 5 avril 1837, Sir., 37, 1, 892. Civ. rej., 19 avril 1841, Sir., 41, 1, 601. — Lorsque les riverains ont joui des eaux suivant un mode déterminé par un usage ancien et constant, cet usage peut faire présumer l'existence d'un règlement et en tenir lieu. Demolombe, XI, 194. Cpr. Civ. rej., 10 décembre 1855, Sir., 56, 1, 241.

[52] Voy. sur l'ensemble de cette proposition : texte n° 3, lett. *d* et *e*, *supra*.

[53] Req. rej., 19 avril 1865, Sir., 65, 1, 264.

[54] Les lois qui déterminent et règlent les attributions de l'autorité administrative en matière de cours d'eau non navigables ni flottables, sont les suivantes : Loi, en forme d'instruction, des 12-20 août 1790, chap. VI ; Loi sur la police rurale, des 28 septembre-6 octobre 1791, art. 15 et 16 ; Loi du 14 floréal an XI, sur le curage des canaux et rivières non navigables ; Décret du 25 mars 1852, sur la décentralisation administrative, art. 4, et tableau *D*.

[55] Merlin, *Rép.*, v° Moulin, § 7, art. 1er, n° 4 ; et v° Rivière, § 2, n° 2. Garnier, III, 873. Daviel, II, 560. Foucart, *Droit administratif*, III, p. 243 et suiv. Demolombe, XI, 260. Ord. en Cons d'État, 23 août 1836, Sir., 37, 2, 44.

reste toujours libre d'en ordonner la suppression sans indemnité[56]. Mais, en ce qui concerne les rapports d'intérêt privé entre les riverains, de pareils travaux n'en sont pas moins susceptibles de fonder une possession utile, garantie par l'action possessoire, et qui peut même, sous les conditions précédemment indiquées, servir de point de départ à la prescription[57]. D'un autre côté, l'exécution de travaux faits sans autorisation ne constitue une contravention, d'après l'art. 471, n° 15, du Code pénal, qu'autant qu'elle a eu lieu au mépris d'un règlement interdisant toute construction non autorisée[58].

L'exécution des règlements faits par l'administration pour la police des eaux, doit être assurée par les tribunaux, nonobstant toutes conventions contraires, et sans égard à la plus longue possession[59].

L'administration étant en outre chargée *de diriger les eaux vers un but d'utilité générale, d'après les principes de l'irrigation*[60], il lui appartient également de faire, en vue de l'intérêt général, des règlements destinés à assurer le meilleur mode de jouissance ou de distribution des eaux[61]. En usant de ce pouvoir, et en ce qui concerne spécialement la répartition des eaux entre les divers intéressés, elle doit autant que possible respecter les droits acquis. Mais si elle en avait fait abstraction, le règlement, d'ailleurs régu-

56 Daviel, II, 613. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1260, 1261 et 1441. Demolombe, *loc. cit.* Ord. en Cons. d'État, 20 mai 1843, Sir., 43, 2, 428. Ord. en Cons. d'État, 15 mars 1844, Sir., 44, 2, 277.

57 Daviel, II, 541. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1452. Troplong, *De la prescription*, I, 146. Demolombe, *loc. cit.* Req. rej., 14 août 1832, Sir., 32, 1, 733. Req. rej., 20 janvier 1845, Sir., 45, 1, 151. Req. rej., 26 juillet 1864, Sir., 64, 1, 438. Cpr. § 185, texte n° 5 et note 54.

58 Foucart, *op. cit.*, III, 1452.

59 Code Nap., art. 6. *Juri publico non præscribitur*. Proudhon, *op. cit.*, V, 1521 à 1525. Demolombe, XI, 199. Civ. cass., 23 mars 1810, Sir., 10, 1, 215. Ord. en Cons. d'État, 7 janvier 1831, Sir., 31, 2, 349. Req. rej., 3 août 1863, Sir., 63, 1, 413.

60 Les expressions soulignées sont celles dont se sert la loi, sous forme d'instruction, des 12-20 août 1790, citée à la note 54 *supra*.

61 Daviel, II, 561. Garnier, IV, 1145. Foucart, *op. cit.*, III, 1441. Req. rej., 9 mai 1843, Sir., 43, 1, 769. Crim. cass., 22 janvier 1858, Sir., 58, 1, 402. Civ. rej., 29 novembre 1859, Sir., 60, 1, 357. Agen, 24 juillet 1865, Sir., 66, 2, 113.

lier en la forme, ne pourrait être attaqué par la voie contentieuse, comme ayant porté atteinte à des droits privés [62].

Dans l'une et dans l'autre hypothèse dont il vient d'être question, les droits acquis par titre ou par prescription continueraient d'ailleurs à produire, entre les parties, ceux de leurs effets qui seraient compatibles avec les règlements administratifs [63]; ils pourraient même, selon les cas, servir de fondement à une demande en dommages-intérêts, formée par celle des parties dont les droits auraient été méconnus, contre celle dont la position aurait été améliorée par l'effet du règlement [64].

Si l'autorité administrative peut, dans un but de police et d'utilité générale, faire des règlements sur le régime des cours d'eau qui ne sont ni navigables ni flottables, il lui est interdit d'user de ce pouvoir pour statuer sur des réclamations d'un intérêt purement privé; les décisions qu'elle prendrait à cet effet seraient entachées d'excès de pouvoir, et annulables comme telles par la voie contentieuse [65].

II. DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

§ 247.

Notions générales sur les servitudes établies par le fait de l'homme.

1° Tout propriétaire peut, en général, imposer à son héritage, au profit d'un héritage appartenant à un autre propriétaire, telles charges que bon lui semble. Les seules restrictions apportées à l'exercice de cette faculté sont : que ces charges ne présentent

[62] Foucart, *op. et loc. citt.* Ord. en Cons. d'État, 23 août 1836, Sir., 37, 2, 43. Déc. en Cons. d'État, 9 février 1854, *Recueil Macarel et Lebon*, 1854, p. 91.

[63] Demolombe, XI, 199.

[64] Foucart, *op. et loc. citt.* Décret en Conseil d'État, 10 septembre 1808, Sir., 17, 2, 26. Ord. en Cons. d'État, 23 août 1836, Sir., 37, 2, 43. Ord. en Cons. d'État, 18 juillet 1838, Sir., 44, 2, 88. Déc. en Cons. d'État, 9 février 1854, *Recueil Macarel et Lebon*, 1854, p. 91. Agen, 24 et 26 juillet 1865, Sir., 66, 2, 113 et 115. Cpr. texte et note 41 *supra*.

[65] Proudhon, *op. cit.*, V, 1499 à 1503. Cormenin, *Quest. de Droit administratif*, II, p. 41 à 44. Foucart, *op. cit.*, III, 1457. Déc. en Cons. d'État, 14 juin 1852, Sir., 52, 2, 698. Déc. en Cons. d'État, 20 juillet 1860, Sir., 60, 1, 502. Déc. en Cons. d'État, 15 avril 1866, Sir., 67, 2, 204. Voy. encore les autorités citées à la note 44 *supra*.

rien de contraire à l'ordre public ; et que, d'un autre côté, elles ne soient, ni imposées à la personne, ni créées en faveur de la personne. Art. 686.

Il résulte de la dernière de ces restrictions, que la convention par laquelle une personne s'engagerait à certains services ou prestations, fût-ce même pour la conservation ou l'exploitation d'un fonds déterminé, ne serait pas constitutive d'une servitude réelle, et que les effets en seraient régis par les règles relatives au louage d'ouvrages ou de services[1].

Il en résulte également qu'on ne peut, à titre de servitude réelle, et par suite à perpétuité, établir sur un fonds des droits d'usage ou de jouissance, en faveur d'une personne et de ses héritiers[2].

Il ne serait même pas possible de constituer de pareils droits, avec le caractère de servitudes réelles, au profit du propriétaire d'un héritage et de ses successeurs, si ces droits n'avaient pour objet que l'avantage personnel des propriétaires, et non l'utilité de l'héritage lui-même, de telle sorte que le fonds au profit duquel ils se trouveraient en apparence établis, n'en fût point en réalité le sujet actif[3]. C'est ainsi que le droit de se promener dans un jardin, ou d'y cueillir des fruits, ne constitue pas une servitude réelle, encore qu'il ait été établi au profit du propriétaire d'une maison voisine[4]. Il en est de même de la concession d'un droit de chasse ou de pêche, faite au propriétaire d'une habitation, dans les bois ou dans les eaux d'un domaine situé à proximité de cette habitation[5].

[1] Marcadé, sur l'art. 686, nos 1 et 2. Demolombe, XII, 674.

[2] Cpr. § 228, texte et note 3. — Mais un droit de passage stipulé pour *soi et les siens*, devrait être considéré comme une servitude réelle, transmissible à ce titre à tous les successeurs du stipulant. Bourges, 3 janvier 1829, Sir., 29, 2, 272.

[3] La proposition formulée au texte est en elle-même hors de conteste. Le désaccord ne peut exister que sur certaines applications du principe qu'elle énonce. Cpr. Req. rej., 4 juillet 1851, Sir., 51, 1, 599.

[4] *Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut cœnare in alieno possimus, servitus imponi non potest.* L. 8, *proe.*, D. *de serv.* (8, 1). Elvers, *Die römische Servitutenlehre.* Duranton, V, 447. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 369. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 340. Demolombe, XII, 687. Voy. en sens contraire : Toullier, III, 588 à 590 ; Taulier, II, p. 356 et 357. Cpr. aussi : Pardessus, I, n° 11, p. 34 et 35.

[5] Duranton, IV, 292, et V, 449. Pardessus, I, n° 11, p. 33 et 34. Marcadé, sur l'art. 686, nos 1 et 2. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 341. Demante, *Cours*, II, 541 *bis*, III. Demolombe, IX, 626, et XII, 686. Zachariæ, § 247,

De pareilles concessions peuvent seulement, suivant les cas, produire les effets d'un droit d'usage ou de bail[6].

Mais la règle qu'une servitude réelle ne peut être imposée en faveur de la personne, n'empêche pas qu'on ne doive considérer comme revêtues du caractère de servitudes réelles, les charges effectivement établies au profit d'un fonds, alors même que le propriétaire de ce fonds en retirerait un certain avantage, soit pour son usage personnel, soit pour son industrie. C'est ainsi que le droit de prendre dans une forêt le bois nécessaire au chauffage d'une maison, et celui d'extraire d'un fonds l'argile destiné à l'exploitation d'une tuilerie, constituent des servitudes réelles[7].

2° Les conditions essentielles à l'existence des servitudes réelles peuvent se résumer dans les propositions suivantes :

a. Toute servitude suppose l'existence de deux héritages, dont l'un (*héritage servant*) est grevé, au profit de l'autre (*héritage dominant*), d'une charge de nature à augmenter l'utilité ou l'agrément[8] de ce dernier, qui peut ainsi être envisagé comme le sujet actif du droit de servitude.

Il n'est, du reste, pas nécessaire que l'avantage à procurer à l'héritage dominant soit actuel ; il peut n'être qu'éventuel[9].

note 1. Voy. en sens contraire : Toullier, IV, 19 ; Daviel, *Des cours d'eau*, III, 933 ; Taulier, II, 356 ; Amiens, 2 décembre 1835, Sir., 36, 2, 198 ; Bourges, 29 août 1865, Sir., 66, 2, 11. Cpr. aussi : Req. rej., 4 janvier 1860, Sir., 60, 1, 743.

6 L'art. 686 ne proscrit pas les concessions de cette nature, qui n'ont rien de contraire à l'ordre public. Ce qu'il défend simplement, c'est d'attacher aux droits qu'elles ont pour objet de conférer, le caractère et les effets de servitudes réelles ; et rien ne s'oppose, à notre avis, à ce que les parties leur impriment le caractère de servitudes personnelles, en les constituant sous forme de droits d'usage, comme aussi elles peuvent ne les établir qu'à titre de louage. Marcadé, Du Caurroy, Bonnier et Roustain, Demante, Demolombe, *locc. citt.* Proudhon, *De l'usufruit*, I, 369.

7 Cpr. § 225. Pardessus, I, n° 11, p. 29 et 30. Duranton, V, 33 et 34. Demolombe, XII, 684. Paris, 26 mai 1857, Sir., 58, 2, 117. Voy. aussi : Grenoble, 23 mai 1858, Sir., 59, 2, 37. Cpr. cep. Req. rej., 8 juillet 1851, Sir., 51, 1, 599.

8 L. 3, *proe.*, D. *de acqu. quot. et æst.* (43, 20). Toullier, III, 589. Pardessus, I, 13. Demolombe, XII, 685. Zachariæ, § 247, texte et note 1re.

9 L. 19, D. *de serv.* (8, 1). L. 23, § 1, D. *de serv. præd. urb.* (8, 2). L. 10, D. *de serv. præd. rust.* (8, 3). Toullier, *loc. cit.* Pardessus, I, 14. Duranton, V, 443. Demolombe, XII, 691 et 694. Zachariæ, § 247, texte et note 2. Civ. cass., 26 novembre 1861, Sir., 62, 1, 77.

b. Les deux héritages doivent appartenir à des propriétaires différents : *Res propria nemini servit.*

On doit en conclure, d'une part, que, si le propriétaire d'un fonds établit, pour l'avantage d'une partie de ce fonds, une charge sur l'autre partie, cette charge ne constitue pas une servitude. On doit en conclure, d'autre part, que, lorsque deux héritages, appartenant à des propriétaires différents, viennent à être réunis dans la même main, la charge dont l'un de ces héritages était grevé au profit de l'autre, cesse d'exister à titre de servitude. Art. 705.

La règle *Res propria nemini servit*, ne s'oppose pas à ce qu'on puisse acquérir, au profit d'un héritage dont on est propriétaire exclusif, une servitude sur un héritage dont on est copropriétaire par indivis ; ni, réciproquement, à ce qu'on puisse établir au profit de cet héritage, une servitude sur celui dont on est propriétaire exclusif[10].

c. L'héritage servant et l'héritage dominant doivent être assez rapprochés l'un de l'autre, pour que l'exercice de la servitude offre au propriétaire de ce dernier héritage un avantage appréciable[11] ; mais il n'est pas nécessaire que les deux fonds soient contigus[12].

d. Le Droit romain exigeait en outre, comme condition essentielle à l'existence des servitudes réelles, que le fonds servant se trouvât par lui-même, et indépendamment du fait de l'homme, en état de fournir à perpétuité, ou du moins pour une longue série d'années, l'élément matériel que suppose l'exercice de la servitude : *Causa servitutum debet esse perpetua*[13]. On en concluait, par exemple, qu'on ne peut acquérir une servitude de prise d'eau sur un étang, lorsque, n'étant pas alimenté par des eaux vives, il est susceptible de se dessécher. Mais le Code Napoléon ne rappelle

[10] Demolombe, XII, 696. Zachariæ, § 247, texte et note 9.

[11] L. 38, D. *de serv. præd. urb.* (8, 2). Ainsi, le droit de puiser de l'eau à une fontaine ne peut être constitué à titre de servitude, au profit d'une personne qui ne possède pas d'héritage près du fonds dans lequel se trouve la fontaine. Civ. cass., 23 novembre 1808, Sir., 9, 1, 35.

[12] *Observations du Tribunat* sur l'art. 637 (Locré, *Lég.*, VIII, p. 354 et 355, n° 1). Toullier, III, 595. Pardessus, I, 18. Duranton, V, 454 à 457. Taulier, II, p. 356. Demolombe, XII, 692. Zachariæ, § 247, texte et note 8.

[13] L. 28, D. *de serv. præd. urb.* (8, 2). Elvers, *op. cit.*, p. 151 et suiv. — La *causa perpetua servitutum*, qui constituait en Droit romain une condition relative à l'héritage servant, ne doit pas être confondue avec ce qu'on appelle la continuité de la servitude. Cette continuité, qui forme le caractère distinctif de certaines servitudes, se rapporte à leur mode d'exercice et à l'état du fonds dominant.

pas cette condition, qui n'a jamais été exigée dans nos usages [14].

3° Les caractères distinctifs des servitudes réelles sont les suivants :

a. Les servitudes réelles considérées, soit activement et comme droits, soit passivement et comme charges, sont inhérentes au fonds dominant et au fonds servant, dont elles constituent des qualités actives ou passives. Il en résulte qu'elles suivent, indépendamment de toute stipulation, l'un et l'autre de ces fonds, dans quelques mains qu'ils passent [15]. Il en résulte encore qu'elles ne peuvent, pour elles-mêmes et séparément de ces fonds, former l'objet d'aucune convention ou disposition [16].

b. Les servitudes réelles sont perpétuelles, mais de leur nature seulement, et non par essence. Rien n'empêche donc de limiter la durée de la servitude, par exemple à la vie du propriétaire actuel de l'héritage dominant, ou au temps pendant lequel il en conservera la propriété [17]. Mais, sauf disposition spéciale contraire, les servitudes réelles ne sont pas susceptibles de rachat [18].

c. Les servitudes réelles sont indivisibles comme droits et comme charges, en ce sens qu'elles ne peuvent, ni s'acquérir, ni se perdre par quotes-parts idéales [19] ; et en ce que, d'un autre côté, elles

[14] Pardessus, I, 5. Duranton, V, 458 et suiv. Demolombe, XII, 702. Zachariæ, § 247, note 8, *in fine*. Req. rej., 16 avril 1838, Sir., 38, 1, 756.

[15] Zachariæ, § 247, texte n° 1, lett. *b* ; texte n° 2 et note 6. Civ. cass., 7 février 1825, Sir., 25, 1, 213. Bourges, 3 janvier 1829, Sir., 29, 2, 272. Req. rej., 29 février 1832, Sir., 32, 1, 521. Metz, 6 juin 1866, Sir., 67, 2, 147.

[16] Cpr § 226, texte et note 6 ; § 259, texte et note 9. Pardessus, I, 33. Valette, *Des priviléges et hypothèques*, I, 128. Demolombe, XII, 669 et 670. Civ. cass., 7 février 1825, Sir., 25, 1, 213.

[17] Toullier, III, 602 et 683. Pardessus, I, 5, et II, 319. Demolombe, XII, 703, et 1053 à 1055. Cpr. Civ. cass., 7 février 1825, Sir., 25, 1, 213.

[18] Voy. sur le rachat du droit de vaine pâture, fondé en titre, entre particuliers : Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, art. 8. — Voy. sur l'affranchissement, par voie de cantonnement ou de rachat, des droits d'usage dans les forêts : Code forestier, art. 63, 64, 88, 112, 118 et 120. — Voy. sur le rachat de certaines servitudes grevant les étangs du département de l'Ain : Loi du 21 juillet 1856, art. 1er.

[19] L. 8, § 1, D. *de serv.* (8, 1). L. 30, § 1, D. *de serv. præd. urb.* (8, 2). L. 34, D. *de serv. præd. rust.* (8, 3). L. 5, L. 6, *proc.*, et L. 8, § 1, D. *quemad. serv. amitt.* (8, 6). Cpr. § 167, texte et note 1re ; § 301, texte et note 4. Duranton, V, 466 et suiv. Demolombe, XII, 701, 775 et 775 *bis*. Cpr. Civ. rej., 6 août 1860, Sir., 61, 1, 142. Voy. cep. Toullier, VI, 783 et suiv. ; Pardessus, I, 22.

sont dues à chaque partie de l'héritage dominant, et affectent également chaque partie de l'héritage servant[20].

Il suit de là, qu'en cas de partage de l'héritage dominant, les propriétaires de ses différentes parties sont tous autorisés à exercer la servitude, sans néanmoins que la condition de l'héritage servant puisse être aggravée. Art. 700. Il en résulte encore, que si l'héritage dominant est indivis entre plusieurs personnes, l'interruption de prescription opérée par l'une d'elles, ou la suspension de prescription établie en faveur de l'une d'elles, profite à toutes les autres. Art. 709 et 710.

Mais l'indivisibilité des servitudes ne forme point obstacle à ce qu'elles puissent, dans leur exercice, être limitées relativement au lieu, au temps, ou au mode, et n'empêche pas qu'elles ne soient, sous ces divers rapports, susceptibles d'être restreintes ou modifiées par l'effet de la prescription[21].

d. Les servitudes étant dues, non par le propriétaire de l'héritage servant, mais par cet héritage lui-même, elles ne consistent, ni à faire, ni à donner, et n'imposent à ce propriétaire, que l'obligation passive de souffrir, ou de ne pas faire[22].

§ 248.

Des différentes divisions des servitudes[1].

Les servitudes se divisent :

1° En urbaines et rurales. Art. 687.

Les servitudes urbaines sont celles qui sont établies en faveur d'un bâtiment, qu'il soit situé à la ville ou la campagne. Les ser-

20 Zachariæ, § 247, texte, notes 3 et 6. Paris, 16 mai 1825, Dalloz, 1826, 2, 102. Civ. cass., 20 juin 1827, Sir., 27, 1, 353. Req. rej., 14 novembre 1833, Sir., 34, 1, 20. Civ. cass., 25 août 1863, Sir., 63, 1, 466.

21 Art. 708. Demolombe, XII, 701. L'erreur des auteurs qui nient l'indivisibilité des servitudes, provient de ce qu'ils ont à tort considéré les propositions énoncées au texte comme incompatibles avec ce caractère.

22 *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* L. 15, § 1, D. *de serv.* (8, 1). Cpr. cep. art. 698, et § 253, texte et notes 6 à 10. — Le caractère indiqué au texte appartient, du reste, aux servitudes personnelles aussi bien qu'aux servitudes réelles. Cpr. § 225, note 1re.

1 Cpr. sur cette matière : *De la distinction des servitudes en Droit romain et en Droit français,* par Machelard, *Revue critique,* 1866, XXIX, p. 248 et 518. 1867, XXX, p. 262 et 440, XXXI, p. 112 et 521, 1868, XXXII, p. 12, 146, 201, 351 et 401.

vitudes rurales sont celles qui sont établies en faveur d'un fonds de terre. Cette distinction, qui, en Droit romain, jouait un rôle important, n'est plus que de pure doctrine sous l'empire du Code Napoléon, et n'a aucune influence sur la manière d'acquérir les servitudes, d'en user, ou de les perdre[2].

2° En continues et discontinues. Art. 688.

Les servitudes continues sont celles dont l'exercice ne consiste pas dans un fait actuel de l'homme, et qui s'exercent ainsi par elles-mêmes, une fois que les choses se trouvent placées dans l'état que suppose la servitude[3]. Telles sont, les conduites d'eau, les égoûts, les vues, et autres de cette espèce[4]. Les vues qui s'exercent au moyen de terrasses ou de plates-formes constituent des servitudes continues, aussi bien que celles qui s'exercent par des fenêtres ou balcons[5].

Une servitude qui, d'après cette définition, doit être considérée comme continue, ne perd pas ce caractère, par cela seul qu'en fait elle ne s'exerce pas continuellement, comme cela a lieu, par exemple, pour l'égoût des toits; il suffit que l'exercice en puisse être continuel. Il y a mieux: une servitude ne cesse pas d'être continue, quoique de fait l'exercice en soit interrompu, pendant des intervalles de temps plus ou moins longs, par des obstacles qui, pour être levés, exigent le fait de l'homme. Ainsi, une servitude de vue ou de prise d'eau est continue, quoique l'exercice en soit de temps à autre interrompu par la fermeture d'un volet ou d'une écluse[6].

2 Toullier, III, 596. Duranton, V, 485. Pardessus, I, 51. Demolombe, XII, 705. Zachariæ, § 248, texte et note 1re.

3 Les expressions *fait actuel de l'homme*, qu'on lit dans l'art. 688, se rapportent au fait constitutif de l'exercice de la servitude, et non à l'établissement de l'état de choses que suppose son existence.

4 Par exemple une servitude de prise d'eau, exercée au moyen d'ouvrages permanents. Req. rej., 23 avril 1856, Sir., 56, 1, 575. Civ. rej., 19 juillet 1864, Sir., 64, 1, 361.

5 Bordeaux, 18 mai 1858, Sir., 59, 2, 177. Nîmes, 23 juillet 1862, Sir., 62, 2, 456. Civ. rej., 28 décembre 1863, Sir., 64, 1, 123.

6 Duranton, V, 492. Pardessus, I, 28. Daviel, *Des cours d'eau*, II, 912. Demolombe, XII, 710. Zachariæ, § 248, note 2. Pau, 11 juin 1831, Sir., 35, 2, 202. Req. rej., 18 avril 1853, Sir., 56, 1, 214. Civ. cass., 5 décembre 1855, Sir., 56, 1, 216. Req. rej., 17 décembre 1861, Sir., 63, 1, 83. Civ. rej., 19 juillet 1864, Sir., 64, 1, 361. Voy. aussi, quant à la servitude d'écoulement des eaux d'un étang: Civ. cass., 18 juin 1851, Sir., 51, 1, 513; Civ. cass., 24 juin 1860, Sir., 60, 1, 317.

Les servitudes discontinues sont celles dont l'usage consiste dans des faits successifs, exercés par le propriétaire de l'héritage dominant sur l'héritage servant. Tels sont les droits de passage, de puisage, de pacage, et autres semblables[7].

Une servitude, discontinue de sa nature, ne cesse pas de l'être par cela seul qu'elle se manifeste par des signes apparents. C'est ce qui a lieu pour la servitude de passage, lorsqu'elle s'annonce par une porte, par un chemin, ou par des travaux destinés à faciliter le passage[8]. C'est ce qui se rencontre encore dans la servitude d'écoulement des eaux ménagères ou industrielles, lorsqu'elle se manifeste par des ouvrages apparents destinés à transmettre les eaux au fonds voisin[9].

3° En apparentes et non apparentes. Art. 689.

Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des signes extérieurs[10], par exemple, par une porte, une fenêtre, un

7 Cpr. Req. rej., 21 octobre 1807, Sir., 8, 1, 37; Req. rej., 1er juin 1864, Sir., 64, 1, 312; Douai, 21 août 1865, Sir., 66, 2, 229.

8 Pardessus, II, 276. Solon, n° 314. Demolombe, XII, 719. Req. rej., 24 novembre 1835, Sir., 36, 1, 52. Req. rej., 26 avril 1837, Sir., 37, 1, 916. Nîmes, 1er juillet 1845, Sir., 46, 2, 14. Civ. cass., 9 mars 1846, Sir., 46, 1, 307. Grenoble, 3 février 1849, Sir., 49, 2, 572. Voy. en sens contraire : Taulier, II, p. 438 et 439. Cpr. aussi : Toullier, III, 623.

9 Duranton, *Consultation*, Sir., 38, 2, 348, à la note. Daviel, *op. cit.*, II, 710 et 942. Dupret, *Revue de Droit français et étranger*, 1846, III, p. 820. Aix, 31 janvier 1838, Sir., 38, 2, 348. Req. rej., 19 juin 1865, Sir., 65, 1, 337. Colmar, 17 avril 1866, *Journal de Colmar*, 1866, p. 98. Bordeaux, 31 août 1866, Sir., 67, 2, 136. Voy. en sens contraire : Demolombe, XII, 712. Nous avions, dans notre troisième édition, adopté l'opinion de notre savant collègue ; mais un nouvel examen de la question nous porte à l'abandonner. L'existence d'ouvrages destinés à transmettre au fonds voisin, des eaux ménagères ou industrielles, tels qu'un évier avec tuyaux de descente, n'imprime pas à la servitude dont s'agit le caractère de continuité. Il est vrai qu'une fois versées dans l'évier, les eaux s'écouleront sans le fait *ultérieur* de l'homme ; mais comme cet écoulement ne transmettra au fonds servant que les eaux versées dans l'évier par le propriétaire du fonds dominant, on est bien obligé de reconnaître que la servitude ne s'exercera que par des actes successifs de ce dernier, et que dès lors elle est discontinue. On ne pourrait soutenir le contraire qu'en confondant, avec l'objet même de la servitude qui consiste dans la transmission des eaux, les moyens à l'aide desquels elle est exercée par le propriétaire de l'héritage dominant.

10 Dans son premier alinéa, et en définissant les servitudes apparentes, l'art. 689 se sert des termes *ouvrages extérieurs*. Mais, dans le second alinéa du même article, les servitudes non apparentes sont indiquées comme étant celles qui n'ont

aqueduc. Les servitudes non apparentes sont celles dont l'existence ne se manifeste par aucun signe de cette nature[11]. Telle est la prohibition de bâtir, ou d'élever un bâtiment au delà d'une hauteur déterminée.

Il n'est pas nécessaire, pour qu'une servitude revête le caractère de servitude apparente, que les ouvrages qui l'annoncent soient établis sur l'héritage servant[12]. Mais il faut qu'ils soient visibles pour le propriétaire de cet héritage[13].

4° En affirmatives et négatives.

Les servitudes sont affirmatives ou négatives, selon qu'elles autorisent le propriétaire de l'héritage dominant à faire quelque chose sur l'héritage servant, ou qu'elles interdisent au propriétaire de ce dernier héritage l'exercice de certains actes de propriété. Cette division, que le Code ne rappelle pas, présente cependant, en ce qui concerne l'acquisition de la quasi-possession des servitudes, une certaine utilité pratique[14].

Les servitudes négatives sont de leur nature non apparentes et continues[15].

§ 249.

De l'établissement des servitudes par le fait de l'homme, en général.

Les héritages, c'est-à-dire les fonds de terre et les bâtiments, sont seuls susceptibles d'être grevés de servitudes. Art. 637. Les

pas de *signe extérieur*. C'est à ces dernières expressions que nous avons cru devoir nous attacher, d'autant plus qu'elles sont reproduites dans l'art. 694. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 345. Demolombe, XII, 704. Bourges, 13 décembre 1825, Sir., 26, 2, 222. Req. rej., 8 novembre 1854, Sir., 54, 1, 765. Voy. cep. Zachariæ, § 248, note 3, *in fine*.

11 Voy. le dernier arrêt cité à la note précédente. Cpr. aussi : Civ. cass., 24 janvier 1860, Sir., 60, 1, 317; Civ. cass., 26 juin 1867, Sir., 67, 1, 388.

12 Toullier, III, 635. Duranton, V, 493. Demolombe, XII, 718. Zachariæ, § 248, texte et note 3.

13 Demolombe, XII, 715. Caen, 3 juillet 1847, Sir., 48, 2, 383. Req. rej., 19 juin 1865, Sir., 65, 1, 337.

14 Cpr. § 179, texte n° 2. C'est probablement par inadvertance que plusieurs auteurs ont émis un avis contraire à la proposition énoncée au texte. Cpr. Pardessus, I, 31 ; Duranton, V, 498; Zachariæ, § 248, texte *in fine;* Demolombe, XII, 722.

15 Demolombe, XII, 723. C'est à tort que le *Recueil des lois et arrêts* présente la servitude *altius non sollendi* comme une servitude discontinue. Voy. Sir., 43, 1, 351 ; Sir., 55, 1, 369; Sir., 59, 1, 71 ; Sir., 63, 1, 134.

immeubles incorporels, et notamment les servitudes elles-mêmes, ne peuvent être l'objet de charges de cette nature[1].

Les immeubles placés hors du commerce, étant à la fois inaliénables et imprescriptibles, ne sauraient être grevés de servitudes par le fait de l'homme[2]. C'est ainsi notamment qu'on ne peut acquérir, sur les fonds formant des dépendances du domaine public, des droits de servitude de nature à contrarier ou à modifier la destination à laquelle ils sont affectés, comme, par exemple, le droit d'avoir, sur une rue ou sur une place, des bancs ou des marches d'escalier, et celui d'avoir, sous une voie publique, une cave ou des conduits d'eau[3].

Cependant, à côté de ce principe il s'en place un autre qui concerne spécialement les voies et les places publiques, affectées de leur nature à certains usages au profit des propriétés riveraines. Lorsque, en conformité de cette affectation, le propriétaire d'un terrain bordant une voie publique, y a construit un bâtiment dont les portes et les fenêtres s'ouvrent et prennent jour sur cette voie, les avantages qu'il s'est ainsi procurés par l'exercice d'une faculté légale, quoique n'ayant pas le caractère de véritables servitudes dans le sens de l'art. 637[4], n'en constituent pas moins des droits

[1] *Servitus servitutis esse non potest.* L. 33, § 1, D. *de serv. præd. rust.* (8, 3). L. 1, D. *de us. et usuf. leg.* (33, 2). Pardessus, I, 33. Demolombe, XII, 670. Zachariæ, § 249, texte et note 1re. Voy. en sens contraire : Bauby, *Revue pratique,* 1863, XVI, p. 185. C'est à tort que cet auteur voit, dans les conventions qu'il cite, une constitution de servitude sur une servitude. Cpr. § 253, texte et note 13.

[2] Req. rej., 13 février 1828, Sir., 28, 1, 253. Riom, 19 mai 1854, Sir., 54, 2, 589. — Cpr. sur la question de savoir si les immeubles placés hors du commerce sont ou non sujets à certaines servitudes légales : § 239 *bis,* texte et note 3 ; § 240, texte et note 3 ; § 243, texte et note 16.

[3] Dunod, *Des prescriptions,* part. I, chap. XII. Proudhon, *Du domaine public,* II, 365 à 368. Pardessus, I, n° 41, p. 103. Troplong, *De la prescription,* I, 162. Vazeille, *Des prescriptions,* I, 93. Solon, n° 420. Demolombe, XII, 698. Req. rej., 13 février 1828, Sir., 28, 1, 253. Poitiers, 31 janvier 1837, Sir., 38, 2, 78.

[4] En effet, l'usage que les riverains font d'une voie publique, conformément à sa destination, n'en diminue nullement l'utilité, et ne saurait, dès lors, être considéré comme une charge dont elle se trouverait grevée. Pardessus, I, 41. Duranton, V, 294 et 295. Bourges, 6 avril 1829, Sir., 29, 2, 262. Voy. en sens contraire: Toullier, III, 480 à 483; Proudhon, *Du domaine public,* II, 363 et 369 à 377; Bélime, *De la possession,* n° 233; Solon, n° 414; Demolombe, XII,

acquis en vertu d'une convention tacite, intervenue, sous la garantie de la foi publique, entre lui et l'administration, droits dont il ne peut être privé sans indemnité[5].

L'inaliénabilité dont les immeubles dotaux sont frappés durant le mariage, s'oppose en général, et sauf l'effet de la prescription dans les cas exceptionnels où elle devient possible, à ce qu'ils puissent être grevés de servitudes par le fait de l'homme[6].

Les servitudes dérivant du fait de l'homme s'établissent par titre, par la prescription, et par la destination du père de famille. Ces deux derniers modes d'acquisition ne s'appliquent cependant qu'à certaines espèces de servitudes. Art. 690 à 694.

699; Zachariæ, § 249, texte et note 2. Au surplus, la divergence d'opinions, concernant la qualification à donner aux droits dont il est question au texte, n'a pas une grande importance pratique, puisque les auteurs mêmes qui y voient de véritables servitudes, reconnaissent avec nous que ce caractère n'est pas absolu, et n'enlève pas à l'autorité administrative, le pouvoir de changer la destination des voies de communication, en en faisant passer le terrain dans le domaine privé.

[5] Ce point est aujourd'hui généralement reconnu. Outre les auteurs cités à la note précédente, voy. encore dans ce sens : Ordonnance en Conseil d'État, 24 février 1825, Sir., 26, 2, 343; Ord. en Cons. d'État, 17 août 1825, Sir., 26, 2, 196; Civ. rej., 18 janvier 1826, Sir., 26, 1, 267; Aix, 11 mai 1826, Sir., 27, 2, 65; Req. rej., 11 décembre 1827, Sir., 29, 1, 85; Bourges, 6 avril 1829, Sir., 29, 2, 262; Douai, 11 février 1837, Sir., 37, 2, 366; Civ. cass., 5 juillet 1836, Sir., 36, 1, 600; Ordonnance en Conseil d'État, 19 mars 1845, Sir., 45, 2, 447 et 448; Décret en Conseil d'État, 6 août 1852, Sir., 53, 2, 172; Rouen, 26 janvier 1853, Sir., 55, 2, 633. — Il paraît également certain que, lorsqu'il s'agit de travaux exécutés sur des voies publiques, soit par l'administration, soit même par un particulier, en vertu d'un alignement régulièrement établi, les riverains qui se prétendent lésés par ces travaux, ne peuvent en demander la suppression, et sont seulement autorisés à réclamer une indemnité. Cpr. § 187, texte n° 5, *in fine*, et note 67; § 194, texte et note 10. Cpr. Req. rej., 10 novembre 1841, Sir., 42, 1, 178; Req. rej., 12 juillet 1842, Sir., 42, 1, 593. Mais une question qui peut encore prêter à sérieuse difficulté, est celle de savoir si, en cas de cession à un particulier d'un terrain formant précédemment un boulevard, une place, ou une rue, les riverains sont autorisés à s'opposer aux constructions qui seraient de nature à porter atteinte à leurs droits de vue et de passage, ou s'ils doivent, même dans ce cas, se contenter d'une indemnité. Cpr. Civ. cass., 11 février 1828, Sir., 29, 1, 164; Décret en Cons. d'État, 6 décembre 1855, Sir., 56, 2, 441; Orléans, 30 juillet 1861, Sir., 62, 2, 28; Limoges, 9 janvier 1866, Sir., 66, 2, 307.

[6] Cpr. § 537, texte n°s 2 et 3.

Le juge ne peut pas plus créer de servitudes réelles, qu'il ne peut établir de servitudes personnelles[7]. Ses pouvoirs se bornent, pour les unes comme pour les autres, à déclarer l'existence des servitudes contestées. Si, par suite des clauses d'une adjudication d'héritages vendus ou licités en justice, des servitudes sont imposées à ces héritages, elles rentrent dans la classe des servitudes établies par convention[8].

§ 250.

De l'établissement des servitudes par titre.

Toutes les servitudes, quelle qu'en soit la nature, sont susceptibles de s'établir par titre, c'est-à-dire par convention, ou disposition de dernière volonté[1]. Art. 690 et 691.

L'établissement des servitudes par titre est régi par les règles suivantes :

1° En principe, une servitude ne peut être constituée que par le propriétaire de l'héritage qui doit en être grevé.

Toutefois, rien n'empêche qu'on ne constitue valablement une servitude sur un héritage dont on n'est point encore propriétaire, pour le cas où on le deviendrait[2].

D'un autre côté, une constitution de servitude consentie par l'un des copropriétaires, quoique restant sans effet au regard des autres, tant que dure l'indivision, devient cependant efficace, lorsque, par le résultat du partage ou de la licitation, l'héritage grevé tombe, soit en totalité, soit pour partie, au lot de celui des communistes qui a constitué la servitude, de sorte que, dans le premier cas, elle frappera l'immeuble tout entier, et dans le second, la partie échue au constituant[3].

[7] Cpr. § 227, texte et note 2. Voy. cep. Req. rej., 21 août 1832, Sir., 32, 1, 775.

[8] Demolombe, XII, 732. Zachariæ, § 249, texte et note 3. Voy. cep. Pardessus, II, 273 et 274; Solon, n° 366; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 346.

[1] Le mot *titre* est employé dans les art. 690 et 691 pour désigner, par opposition à la prescription acquisitive, les conventions et les dispositions de dernière volonté. Cpr. § 173.

[2] Cpr. § 351, texte n° 2. Zachariæ, § 250, note 3.

[3] Cpr. § 221, texte n° 2 et note 11; § 625, texte n° 1. Toullier, III, 573. Pardessus, II, 253. Duranton, V, 544. Demolombe, XII, 742. Zachariæ, *loc. cit.*

Enfin, quoique l'usufruitier ne puisse pas établir, sur l'héritage soumis à son droit, de véritables servitudes, c'est-à-dire des charges affectant cet héritage même, il lui est cependant permis de concéder, pour la durée de sa jouissance, des droits analogues aux servitudes, pourvu, bien entendu, que l'exercice de ces droits ne lèse pas les intérêts du nu-propriétaire[4].

2° Le propriétaire d'un héritage ne peut le grever de servitudes qu'autant qu'il jouit de la capacité requise pour l'aliéner[5].

L'existence de servitudes imposées à un héritage, n'enlève pas au propriétaire de cet héritage, la faculté de le grever de nouvelles servitudes, pourvu qu'elles ne portent pas atteinte aux anciennes[6].

L'existence d'hypothèques dont un immeuble se trouve grevé, ne forme pas non plus obstacle à la constitution de servitudes sur cet immeuble. Toutefois, une servitude ainsi constituée ne peut être opposée aux créanciers hypothécaires dont les droits étaient devenus efficaces avant que le titre constitutif de servitude fût lui-même devenu opposable aux tiers. Il en résulte que, dans les cas d'expropriation forcée, ou de surenchère sur aliénation volontaire, ces créanciers sont autorisés à faire insérer au cahier des charges, une clause portant que l'immeuble sera vendu comme franc. Seulement, pour éviter d'ultérieures difficultés de la part du propriétaire de l'héritage dominant, feront-ils bien de porter cette clause à sa connaissance, avec sommation d'intervenir, s'il le juge convenable[7].

Du reste, les créanciers hypothécaires ne peuvent demander la vente de l'immeuble sans la charge de la servitude, qu'autant qu'ils y ont un intérêt sérieux ; et, d'un autre côté, le propriétaire de l'héritage dominant est toujours admis à réclamer le maintien de la servitude, en offrant de donner caution pour le paiement intégral

[4] Toullier, III, 567. Pardessus, II, 247. Duranton, V, 541. Demante, *Cours*, II, 541 *bis*. Demolombe, XII, 736. Zachariæ, § 250, texte et note 2.

[5] Toullier, III, 568 et 569. Pardessus, II, 246. Duranton, V, 537 à 541. Demolombe, XII, 746.

[6] Toullier, III, 572. Solon, nos 431 et 432. Demolombe, XII, 437. Zachariæ, § 250, texte et note 4.

[7] Pardessus, II, 245. Duranton, V, 546. Solon, nos 359 et 363. Demolombe, XII, 749. Zachariæ, § 250, texte et note 5. Voy. cep. Troplong, *Des hypothèques*, III, 843 *bis*.

de leurs créances. Mais il ne serait pas autorisé à procéder à la purge de l'acquisition de la servitude [8].

Si l'immeuble servant, grevé tout à la fois d'hypothèques antérieures et d'hypothèques postérieures à la constitution de la servitude, avait été vendu comme franc, et qu'après le paiement intégral des créanciers antérieurs, il restât encore une partie du prix à distribuer, le propriétaire de l'héritage au profit duquel la servitude avait été établie, serait en droit de demander qu'il lui soit attribué sur cet excédant, et de préférence aux créanciers postérieurs, une somme représentative de la plus-value obtenue par la vente de l'immeuble sans la charge de la servitude.

3° De même que, pour constituer une servitude, il faut être propriétaire du fonds grevé, de même aussi, pour acquérir une servitude, il faut, en principe, être propriétaire du fonds au profit duquel elle doit être établie. Toutefois, on peut stipuler une servitude en faveur d'un héritage dont on n'est pas encore propriétaire, pour le cas où l'on en ferait l'acquisition [9]. D'un autre côté, une servitude acquise par un communiste, ou par un tiers possesseur, soit de bonne foi, soit de mauvaise foi, devant être considérée comme consentie plutôt dans l'intérêt du fonds que pour l'avantage personnel du stipulant, les autres communistes et le véritable propriétaire sont autorisés à en demander le maintien, à charge d'exécuter les engagements pris à l'occasion de son établissement [10]. Il en serait de même de la servitude acquise par un usufruitier, à moins qu'établie à titre gratuit, elle ne dût être envisagée comme constituée pour l'avantage personnel de ce dernier [11].

8 L'hypothèque ne porte pas sur la servitude, mais sur le fonds; et le propriétaire de l'héritage dominant ne saurait être considéré comme un tiers détenteur jouissant de la faculté de purger. Pardessus, I, 6 et 9. Duranton, V, 547. Demolombe, XII, 748. Pont, *Des priviléges et des hypothèques*, n° 1283. Zachariæ, § 250, note 5. Paris, 4 janvier 1831, Sir., 32, 1, 828. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 359 ; Persil, sur l'art. 2166, n° 5. Cpr. aussi : Labbé, *Revue critique*, 1856, XIII, p. 231, n° 12.

9 Toullier, III, 578. Pardessus, II, 261. Duranton, V, 552.

10 Merlin, *Rép.*, v° Servitude, § 11, n° 1. Delvincourt, I, p. 411. Toullier, III, 576. Pardessus, II, 260. Duranton, V, 551 et 553. Demolombe, XII, 760. Voy. en sens contraire quant au tiers possesseur : Taulier, II, p. 437.

11 En dehors de ce cas, et à moins que le contraire ne résultât du titre constitutif de la servitude, l'usufruitier devrait être présumé l'avoir acquise *in perpetuum*, et pour l'avantage du fonds. Merlin, *op. et loc. citt.* Pardessus, II, 259.

Il est, du reste, bien entendu qu'une servitude peut être acquise, pour le compte du propriétaire de l'héritage dominant, soit par un mandataire, soit par un tiers stipulant en son nom en vertu de l'art. 1121, soit même par un *negotiorum gestor* ou porte-fort[12].

4° La constitution de servitude n'est, comme telle, soumise à aucune solennité particulière. Elle est régie, sous le rapport de sa forme, par les règles relatives, soit à la vente, lorsqu'elle est faite à titre onéreux, soit aux donations et testaments, lorsqu'elle a lieu à titre gratuit.

Sous l'empire du Code Napoléon, les actes constitutifs de servitude étaient par eux-mêmes efficaces, même à l'égard des tiers, indépendamment de toute transcription[13]. Il en était ainsi, pour les servitudes établies par donation entre vifs, aussi bien que pour celles qui avaient été constituées à titre onéreux[14].

Mais la loi du 23 mars 1855 a soumis à la formalité de la transcription, tous les actes entre vifs, constitutifs de servitude, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit[15], et sans faire de distinction à

Demante, II, 541 *bis*, V. Demolombe, XII, 759 et 764. Cpr. Toullier, III, 580. Voy. en sens contraire sur la proposition principale : Taulier, II, p. 437.

[12] Delvincourt, I, p. 411. Toullier, III, 576 et 577. Pardessus, II, 260. Voy. cep. Duranton, V, 549.

[13] Voy. §§ 174 et 207. Il est bien entendu que, sous l'empire même du Code Napoléon, une servitude constituée par acte sous seing privé n'était opposable au tiers acquéreur de l'héritage grevé, qu'autant que cet acte avait acquis date certaine avant la vente, par l'un des moyens indiqués en l'art. 1328. Civ. cass., 28 juillet 1858, Sir., 58, 1, 792. Civ. cass., 1er décembre 1863, Sir., 64, 1, 126.

[14] L'art. 939 ne soumet, en effet, à la transcription, que les donations d'immeubles corporels ou de droits réels immobiliers susceptibles d'hypothèques; et les servitudes réelles ne rentrent pas dans cette classe de droits. Art. 2118. Cpr. § 704, texte, lett. *a*, et note 9. Outre les autorités citées dans cette note, voy. encore dans le sens de la proposition énoncée au texte : Marcadé, sur l'art. 939, n° 4; Bayle-Mouillard sur Grenier, II, 162, note *a*; Flandin, *De la transcription*, I, 679 et 680; Grosse, *De la transcription*, n° 352; Demolombe, XX, 248 et 249; Bordeaux, 10 juillet 1856, Dalloz, 1859, 2, 56. Voy. en sens contraire : Vazeille, sur l'art. 939, n° 4; Taulier, IV, p. 68; Demante, IV, 80 *bis*, II; Bugnet sur Pothier, *Des donations entre vifs*, n° 102, note 2; Mourlon, *De la transcription*, I, 110 à 114; Lesenne, *De la transcription*, n° 16.

[15] *Non obstat* art. 11, al. 6, de la loi du 23 mars 1855 : la disposition de l'art. 2 de cette loi est, en effet, sous ce rapport, ampliative de celle de l'art. 939 du Code Napoléon. Voy. § 174, texte n° 3 et note 11; § 704, texte, lett. *b*, notes 36 à 38. Flandin, *op. cit.*, I, 681.

cet égard entre les servitudes apparentes et les servitudes non apparentes [16]. Il résulte de là que les actes de cette nature, passés postérieurement au 1er janvier 1856, ou dont la date n'est devenue certaine que depuis cette époque, ne peuvent être opposés aux tiers ayant acquis et dûment conservé des droits sur l'héritage servant, qu'autant que ces actes ont été soumis à la transcription, et à partir seulement de l'accomplissement de cette formalité. Les mêmes règles s'appliquent aux jugements qui constatent une constitution de servitude, opérée par convention verbale [17]. Art. 2, nos 1 et 2.

5° L'établissement d'une servitude constituée par titre peut être prouvé, soit par l'acte primordial qui en constate la constitution, soit par un acte récognitif. L'acte récognitif ne peut remplacer l'acte primordial, pour une servitude quelconque [18], qu'autant qu'il émane de celui qui se trouvait, à la date de la reconnaissance, propriétaire de l'héritage grevé [19]. Art. 695. Mais la force probante de l'acte récognitif n'est pas subordonnée au concours des conditions et formalités exigées par l'art. 1337 [20]; et la reconnaissance

16 Lesenne, *op. cit.*, n° 42. Fons, *Précis sur la transcription*, n° 28. Flandin, *op. cit.*, I, 424 et 425. Mourlon, *op. cit.*, I, 106. Lemarcis, *Commentaire de la loi sur la transcription*, p. 19. Demolombe, XII, 733.

17 Nous nous bornerons à renvoyer, pour le développement de ces propositions, au § 209. Les doctrines qui y sont exposées, en ce qui concerne la transmission de la propriété immobilière, s'appliquent, *mutatis mutandis*, à la constitution de servitudes.

18 Si l'art. 695 parle uniquement des servitudes qui ne peuvent s'acquérir par prescription, ce n'est pas pour disposer *a contrario* que, relativement aux servitudes susceptibles d'être acquises de cette manière, il soit permis de remplacer l'acte primordial autrement que par un acte récognitif émané du propriétaire du fonds servant, mais seulement pour rappeler qu'à l'égard des servitudes continues et apparentes, le titre peut être remplacé par la possession trentenaire. Cette précaution était tout au moins inutile; et la rédaction équivoque de l'art. 695 est d'autant plus vicieuse qu'elle est le résultat d'une confusion entre le titre constitutif de la servitude et l'acte instrumentaire destiné à établir l'existence de ce titre. Cpr. Duranton, V, 565; Demolombe, XII, 754.

19 Zachariæ, § 250, texte et note 10. Civ. rej., 17 août 1857, Sir., 58, 1, 124.

20 C'est ce qui résulte nettement de l'art. 695, qui n'est d'ailleurs qu'une application des principes posés par les art. 1320 et 1350, n° 4. Delvincourt, I, p. 417. Toullier, X, 312 et 315. Pardessus, II, 269. Marcadé, sur l'art. 1337, n° 6. Demante, *Cours*, II, 550 *bis*, II. Demolombe, XII, 757. Zachariæ, § 250, note 9. Req. rej., 16 novembre 1829, Sir., 29, 1, 408. Civ. rej., 2 mars 1836, Sir., 36, 1, 247. Req. rej., 23 mai 1855, Sir., 57, 1, 123.

qu'il renferme n'a pas besoin d'être acceptée par le propriétaire de l'héritage dominant [21].

Du reste, la disposition de l'art. 695 ne s'oppose pas à ce que l'existence d'une servitude constituée par titre, puisse être prouvée par témoins dans les cas exceptionnels prévus par les art. 1347 et 1348 [22]. A plus forte raison, peut-elle être établie par un aveu ou par l'effet d'une délation de serment [23].

Mais la déclaration de l'existence d'une servitude active, dans un acte concernant l'héritage auquel elle serait due, ne peut être opposée au propriétaire de l'héritage prétendûment grevé, qui n'a pas été partie dans cet acte, quelle que soit d'ailleurs l'ancienneté de cette déclaration, et quoiqu'elle se trouve appuyée d'une possession conforme [24].

La disposition de l'art. 2263 est étrangère à la matière des servitudes, en ce sens du moins, que le propriétaire de l'héritage servant ne peut, à quelque époque que ce soit, être contraint à fournir, à ses frais, un titre nouvel. Mais le propriétaire de l'héritage dominant pourrait, s'il y avait un intérêt légitime [25], en demander un à ses propres frais, et, en cas de refus, actionner le propriétaire du fonds servant en déclaration de servitude [26].

§ 251.

De l'acquisition des servitudes par la prescription.

1° Le Code Napoléon n'admet, en matière de servitudes, d'autre prescription acquisitive que celle de trente ans. La constitution d'une servitude acquise, par juste titre et de bonne foi, d'une per-

[21] Marcadé, sur l'art. 1356, n° 2. Demolombe, XII, 757 *bis*. Pau, 7 mars 1864, Sir., 64, 2, 49. Cpr. cep. Req. rej., 16 décembre 1863, Sir., 64, 1, 125.

[22] Demolombe, XII, 755. Paris, 11 juin 1843, Sir., 43, 2, 336. Req. rej., 16 décembre 1863, Sir., 64, 1, 125.

[23] Duranton, V, 565. Pardessus, II, 269, *in fine*. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 355. Demante, *Cours*, II, 550 *bis*, I. Demolombe, XII, 755.

[24] Voy. pour la justification et le développement de cette proposition : § 755, texte n° 2, lett. *c*, *in fine*.

[25] Cpr. § 255, texte, lett. A, *in fine*.

[26] Cpr. en sens divers : Toullier, III, 722 ; Pardessus, II, 296 ; Solon, n° 569 ; Troplong, *De la prescription*, II, 844 ; Demolombe, XII, 756 ; Zachariæ, § 251, note 3.

sonne qui n'était pas propriétaire de l'héritage sur lequel elle a été constituée, ne peut être consolidée par la prescription de dix à vingt ans [1].

2° Les servitudes, tout à la fois continues et apparentes, sont seules susceptibles d'être acquises par prescription. Art. 690.

Les servitudes discontinues, quoique apparentes, et les servitudes continues, mais non apparentes, ne peuvent s'acquérir par une possession même immémoriale. Art. 691.

En statuant que les servitudes, soit discontinues, soit non apparentes, ne peuvent s'acquérir par prescription, l'art. 691 pose une

[1] Pour défendre l'opinion contraire, on s'est principalement fondé sur un argument tiré du rapprochement des art. 526 et 2165. Mais l'application de ce dernier article à la matière des servitudes se trouve écartée en vertu de l'art. 2264, par cela même que la prescription, tant acquisitive qu'extinctive, est régie en cette matière par des dispositions spéciales. Et comme les art. 690 et suiv., qui règlent tout ce qui est relatif à l'établissement des servitudes, ne font aucune mention de l'usucapion par dix ou vingt ans, ils excluent virtuellement ce mode d'acquisition. Cette conclusion est d'autant plus certaine, que l'art. 690 indique spécialement *la possession de trente ans* comme moyen d'acquérir les servitudes. Si les rédacteurs du Code n'avaient pas eu la pensée de proscrire ici l'usucapion par dix à vingt ans, ils se seraient exprimés dans cet article tout autrement qu'ils ne l'ont fait, et auraient dit d'une manière générale : « Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou *par la prescription.* » C'est d'ailleurs avec raison que le législateur a fait une distinction entre l'usucapion de la propriété et celle des servitudes. L'usucapion de la propriété supposant, de la part de celui au profit duquel elle court, la possession exclusive de l'immeuble et, par conséquent, la privation de toute jouissance de la part de celui au détriment duquel la prescription doit s'accomplir, le silence gardé pendant dix ans par ce dernier peut être considéré, soit comme une renonciation à un droit préexistant, soit comme une reconnaissance du droit d'autrui. Mais il en est autrement pour les servitudes, qui s'exercent souvent à la faveur de rapports de bon voisinage, sans qu'il en résulte de préjudice réel pour le propriétaire de l'héritage servant, et sans que celui-ci ait nécessairement et toujours un intérêt sérieux à s'opposer à leur exercice. Toullier, III, 630. Pardessus, II, 268. Solon, n° 396. Marcadé, sur l'art. 690, n° 2. Demante, *Cours*, II, 546 *bis*, I. Bressolles, *Revue de droit français et étranger*, 1848, V, p. 746. Demolombe, XII, 781. Zachariæ, § 251, texte et note 5. Civ. cass., 10 décembre 1834, Sir., 35, 1, 24. Lyon, février 1837, Sir., 37, 1, 506, note 2. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 413 ; Duranton, V, 593 ; Troplong, *De la prescription*, II, 856 ; Vazeille, *Des prescriptions*, I, 419, et II, 523 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 348 ; et les considérants d'un arrêt de la Cour de cassation du 16 juillet 1849, Sir., 49, 1, 545.

règle tellement absolue, qu'elle ne fléchit, ni dans le cas où des servitudes de cette nature ont été exercées en vertu d'un titre émané *a non domino* [2], ni dans celui où elles l'ont été après contradiction opposée aux droits du propriétaire de l'héritage prétendûment grevé [3]. Il y a mieux : le concours même de ces deux circonstances ne saurait avoir pour effet de rendre possible l'acquisition par prescription de pareilles servitudes [4].

Du reste, la promulgation du titre *des servitudes* n'a porté aucune atteinte aux servitudes discontinues acquises par une pres-

[2] L'art. 691, en disant que les servitudes dont il est question au texte, ne peuvent s'acquérir que par *titre*, prend évidemment cette dernière expression dans le sens qu'y attache l'art. 690. Or, cet article, qui place sur la même ligne et le titre et la possession de trente ans, comme moyens d'acquérir les servitudes continues et apparentes, suppose nécessairement un titre émané du propriétaire de l'héritage servant, et suffisant à lui seul pour leur établissement. Cette explication est corroborée par l'art. 695. Duranton, V, 593, note 3. Duvergier sur Toullier, III, 629. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 416. Troplong, *De la prescription*, II, 857. Demante, *Cours*, II, 546 *bis*, II. Demolombe, XII, 788. Zachariæ, § 251, texte et note 4. Voy. en sens contraire : Toullier, III, 629; Poncet, *Des actions*, n° 96 ; Favard de Langlade, *Rép.*, v° Servitude, sect. III, § 5, n° 2 ; Solon, n° 553 ; Bélime, *De la possession*, n° 258. C'est vainement qu'on prétend, à l'appui de cette dernière opinion, qu'un titre quoique émané *a non domino*, neutralise la présomption de précarité dont se trouve entaché l'exercice d'une servitude discontinue ou non apparente. La précarité existe toujours, en effet, à l'égard du propriétaire de l'héritage prétendûment grevé d'une servitude de cette nature, puisque le titre invoqué par son adversaire lui est complétement étranger. Si la jurisprudence et la doctrine admettent que les servitudes discontinues ou non apparentes peuvent, lorsqu'elles sont fondées en titre, former l'objet d'une action possessoire, ce n'est qu'autant que le titre émane du propriétaire de l'héritage servant ou de ses auteurs. Cpr. § 182, texte *in fine*, et note 7; § 185, texte n° 3, lett. *b*, notes 30 et 31.

[3] Voy. pour la justification de cette proposition, la note 32 du § 185. Pardessus, II, 276. Duranton, V, 576. Bélime, *op. cit.*, n° 257. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 349, note 1re. Taulier, II, p. 445. Demolombe, XII, 789. Civ. cass., 8 août 1837, Sir., 37, 1, 679. Voy. en sens contraire : Proudhon, *De l'usufruit*, VIII, 3583 ; Solon, n° 398 ; Troplong, *op. cit.*, II, 857.

[4] Si la contradiction est par elle-même insuffisante pour autoriser la prescription, on ne voit pas comment elle deviendrait efficace en s'appuyant sur un titre non opposable au propriétaire de l'héritage prétendûment grevé. D'ailleurs, dans cette hypothèse, tout aussi bien que dans celle dont il a été question à la note 2 *supra*, il reste toujours certain qu'il n'existe pas de titre constitutif de servitude dans le sens de l'art. 691. Pardessus, *loc. cit.* Duvergier sur Toullier, III, 729. Demolombe, XII, 791.

cription trentenaire ou immémoriale, déjà accomplie à cette époque[5], dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière[6]. Art. 691, al. 2.

D'un autre côté, la disposition de l'art. 691 est étrangère aux différents droits d'usage dans les forêts, et notamment à celui de pacage[7].

3° La quasi-possession des servitudes continues et apparentes s'acquiert par l'établissement de l'état de choses que supposent l'existence et l'exercice de la servitude. Elle devient utile pour la prescription à dater de l'achèvement des travaux nécessaires à cet effet[8], et se continue non-seulement par le maintien complet de l'état de choses constitutif de la servitude, mais même au moyen de vestiges non équivoques de son existence antérieure, alors du moins qu'il n'a été détruit ou modifié que par un événement de la nature[9].

Il est indifférent que les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude aient été établis sur l'héritage servant ou sur l'héritage dominant[10], qu'ils aient été faits par le propriétaire de ce dernier héritage ou par un tiers[11], et que celui-ci ait eu ou non l'intention d'agir dans l'intérêt de l'héritage dominant[12].

La quasi-possession doit, pour conduire à l'usucapion d'une ser-

5 Duranton, V, 579. Pardessus, II, 342. Taulier, II, p. 446. Demolombe, XII, 799. Zachariæ, § 251, texte et note 3. Civ. cass., 31 août 1825, Sir., 26, 1, 27. Req. rej., 1er mars 1831, Sir., 31, 1, 263. Civ. cass., 8 août 1837, Sir., 37, 1, 679.

6 Voy. § 215 *bis;* § 746, texte et note 3. Cpr. Demolombe, XII, 800 et 801; Bastia, 6 juin 1855, Sir., 55, 2, 496; Req. rej., 2 avril 1856, Sir., 56, 1, 774.

7 Voy. § 185, texte n° 2 et notes 18 à 22. Cpr. Bourges, 7 janvier 1829, Sir., 29, 2, 277.

8 Arg. art. 642. Toullier, III, 634 et 636. Taulier, II, p. 441. Demolombe, XII, 776. Zachariæ, § 251, texte et note 9.

9 Cpr. § 179, texte n° 2.

10 Toullier, III, 635. Pardessus, II, 280. Demolombe, XII, 777. Zachariæ, § 251, texte et note 8. Voy. cep. quant aux travaux nécessaires pour constituer une servitude de prise d'eau sur un canal privé : Req. rej., 24 décembre 1860, Sir., 62, 1, 977; Grenoble, 17 mai 1864, Sir., 65, 2, 340.

11 Pardessus, II, 277. Duranton, V, 591. Demolombe, XII, 778. Zachariæ, § 251, texte et note 7.

12 Demolombe, XII, 779.

vitude continue et apparente, réunir les caractères exigés par l'art. 2229 [13].

Il faut notamment qu'elle ait été exercée à titre de droit, et non pas seulement par tolérance ou familiarité. Les tribunaux appelés à apprécier, sous ce rapport, le caractère de la possession, doivent tenir compte de l'ensemble des circonstances de la cause, en s'attachant surtout au point de savoir si l'état de choses présenté comme constitutif de servitude, était de nature à causer une incommodité réelle au propriétaire de l'héritage prétendûment assujetti, et si ce dernier avait un intérêt sérieux à s'y opposer. La solution négative de ce point de fait devrait, en général et sauf contradiction formelle [14], faire considérer la possession comme n'ayant été exercée qu'à la faveur d'une simple tolérance, et par suite comme inefficace pour fonder l'usucapion. C'est ainsi, par exemple, que l'existence d'ouvertures pratiquées dans un bâtiment, ne peut conduire à l'acquisition par prescription d'une servitude de vue, lorsque ces ouvertures ne donnent que sur le toit de la maison voisine [15].

La précarité dont se trouve entaché l'exercice d'une servitude continue et apparente, peut être constatée par un acte de reconnaissance émané du propriétaire de l'héritage dominant. Un pareil acte empêche toute prescription [16], tant de la part de ce dernier que de la part de ses successeurs universels [17]; mais il ne pourrait être opposé à ses successeurs particuliers, en tant du moins qu'ils ne se prévaudraient pas de la jouissance de leur auteur, et qu'ils

[13] Pardessus, II, 276. Solon, n° 396. Demolombe, XII, 774. Nous nous bornerons, pour le développement complet de cette proposition, à renvoyer à la théorie de la possession et à celle de l'acquisition de la propriété par la prescription. Voy. §§ 179 à 181; §§ 214, 215 et 217.

[14] Cpr. § 180, texte n° 1, lett. *b*, *in fine*, et note 17.

[15] Cpr. § 196, texte, lett. *b*, et note 33. Req. rej., 24 décembre 1838, Sir., 39, 1, 56. Civ. rej., 2 février 1863, Sir., 63, 1, 92. — Voy. sur d'autres applications de la règle posée au texte : 1° § 196, texte, lett. *a*, *in fine*, et notes 18 à 20; 2° § 197, texte, lett. *b*, et note 27; 3° Req. rej., 6 avril 1841, Sir., 41, 1, 414.

[16] On a voulu soutenir qu'un pareil acte n'opère qu'une simple interruption de la prescription, et que celle-ci recommence à courir immédiatement après la passation de cet acte. Mais c'est là une erreur manifeste. Arg. art. 2231. Cpr. § 215, texte *in fine*. Duranton, XXI, 116. Marcadé, sur l'art. 2220, n° 2. Demolombe, XII, 779 *ter*.

[17] Arg. art 2237. Cpr. § 181, texte et notes 12 à 14.

n'invoqueraient que leur propre possession, laquelle, au bout de trente ans, conduirait à l'usucapion de la servitude à leur profit[18].

4° Pour la saine intelligence de l'art. 691, il importe de remarquer que, si l'on ne peut acquérir par prescription une servitude discontinue ou non apparente, rien n'empêche qu'on n'acquière de cette manière la propriété ou la copropriété d'un terrain, uniquement affecté à un usage qui constituerait une servitude de cette nature, s'il était exercé sur le fonds d'autrui.

C'est ainsi que, bien que le droit de pâturage exercé sur le terrain d'autrui, soit une servitude discontinue, et ne puisse à ce titre s'acquérir par prescription[19], le droit de vive et grasse pâture, ainsi que celui de recueillir les secondes herbes, peuvent cependant, selon les circonstances, être considérés comme ayant été exercés à titre de copropriété, et par suite comme susceptibles de s'acquérir par prescription[20]. Il en est de même du simple pacage sur un terrain en nature de brandes, alors du moins qu'à ce fait vient se joindre celui de la coupe et de l'enlèvement de litières, bruyères, ou ajoncs[21].

C'est ainsi encore que le passage pratiqué sur des sentiers ou chemins d'exploitation, servant à la desserte de fonds appartenant à des propriétaires différents, peut, et doit même en général, être considéré comme ayant été exercé, non à titre de servitude, mais à titre de copropriété ; et ce, en vertu d'une convention tacite ou présumée, constitutive de communauté, convention dont l'existence, au bout de trente années d'exercice du passage, ne peut plus être contestée[22].

18 Arg. art. 2239. Cpr. § 181, texte *in fine*. Demolombe, *loc. cit.*

19 Req. rej., 14 novembre 1853, Sir., 54, 1, 105. Voy. cep. Loi du 10 juin 1793, sect. IV, art. 1 et 2 ; Civ. rej., 6 août 1832, Sir., 32, 1, 488.

20 Voy. § 185, texte n° 3, lett. *b*, et note 36. Req. rej., 22 novembre 1841, Sir., 42, 1, 191. Civ. rej., 7 juin 1848, Sir., 48, 1, 569. Req. rej., 6 janvier 1852, Sir., 52, 1, 317. Cpr. Req. rej., 14 novembre 1853, Sir., 54, 1, 105.

21 Cpr. § 185, texte n° 3, lett. *b*, et note 39. Civ. cass., 19 novembre 1828, Sir., 29, 1, 109. Req. rej., 8 janvier 1835, Sir., 35, 1, 538. Limoges, 26 mars 1838, Sir., 39, 2, 79. Voy. cep. § 217, texte n° 2, notes 8 et 9 ; § 221 *bis*, texte *in fine*, et note 7; Req. rej., 25 janvier 1842, Sir., 42, 1, 972.

22 Cpr. § 185, texte n° 3, lett. *b*, et note 38 ; § 221 *ter*. Req. rej., 29 novembre 1814, Sir., 16, 1, 225. Req. rej., 11 décembre 1827, Sir., 28, 1, 403. Civ. rej., 27 décembre 1830, Sir., 31, 1, 165. Req. rej., 14 janvier 1840, Sir., 41, 1, 88. Civ. cass., 29 mars 1841, Sir., 41, 1, 356. Civ. rej., 12 décembre

5° La distinction établie au numéro précédent sert également à résoudre la question de savoir si un chemin, établi sur des propriétés privées, peut devenir public par l'effet de la prescription.

Cette question doit, par application de l'art. 691, être résolue négativement, en ce sens que de simples faits de passage, en quelque nombre qu'ils se soient produits et pendant quelque laps de temps qu'ils aient été répétés, ne peuvent jamais conduire à l'acquisition par prescription d'une servitude de passage au profit d'une commune ou de ses habitants [23].

Mais si la commune avait fait exécuter sur le chemin des travaux d'art, de réparation, ou d'entretien, ou si encore elle avait à son occasion exercé des actes juridiques de voirie, et qu'elle eût ainsi manifesté, d'une manière non équivoque, l'intention de s'en gérer comme propriétaire, elle acquerrait, par trente années d'usage, à partir de ces faits ou actes, la propriété même du sol sur lequel le chemin se trouve établi [24].

D'un autre côté, la propriété d'un chemin pratiqué de longue date, à travers des fonds privés, par la généralité des habitants d'une commune, peut, même indépendamment de tout titre formel, résulter, au profit de cette dernière, d'anciens plans ou d'autres documents, corroborés par des circonstances locales, et notamment par le fait que le chemin, loin d'être exclusivement affecté à l'exploitation des fonds qu'il traverse, sert, soit de communication

1853, Sir., 55, 1, 742. Req. rej., 25 avril 1855, Sir., 56, 1, 396. Poitiers, 15 mai 1856, Sir., 56, 2, 517. Limoges, 2 juillet 1862, Sir., 63, 2, 35. Req. rej., 20 février 1866, Sir., 66, 1, 193. Voy. aussi, quant aux avenues: Civ. cass., 26 août 1829, Sir., 29, 1, 380.

[23] Pardessus, I, n° 216, p. 484 et 485. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 95. Garnier, *Des chemins*, p. 301. Demolombe, XII, 797. Grenoble, 27 janvier 1843, Sir., 44, 2, 168. Agen, 23 juillet 1845, Sir., 46, 2, 250. Req. rej., 15 février 1847, Sir., 47, 1, 456. Req. rej., 5 juin 1855, Sir., 56, 1, 444. Rouen, 12 avril 1856, Sir., 57, 2, 347. Chambéry, 12 janvier 1861, *Journal de Grenoble et de Chambéry*, 1861, p. 153. Paris, 11 mars et 23 août 1861, Sir., 61, 2, 497 et 499. Cpr. Req. rej., 16 juin 1858, Sir., 59, 1, 624. Les arrêts qu'on cite ordinairement en sens contraire, ont bien moins envisagé la question au point de vue de l'acquisition par prescription d'une servitude de passage, que sous le rapport des circonstances de nature à entraîner, au profit d'une commune, la présomption de la propriété même du chemin. Voy. ces arrêts à la note 25 *infra*.

[24] Pardessus et Demolombe, *locc. citt.* Proudhon, *Du domaine public*, II, 631 à 634. Grenoble, 27 janvier 1843, Sir., 44, 2, 168.

entre plusieurs communes ou hameaux, soit d'accès à des lieux publics, tels qu'un cimetière ou une église [25].

Au contraire, l'arrêté de classement, par lequel l'autorité administrative aurait compris un chemin parmi les chemins ruraux d'une commune, ne formerait pas à lui seul titre en sa faveur, et laisserait entière la question de propriété ou de possession du chemin [26].

§ 252.

De la constitution des servitudes par destination du père de famille.

La destination du père de famille est, suivant l'art. 693, l'acte par lequel le propriétaire de deux héritages établit entre eux un état de choses qui constituerait une servitude, s'ils appartenaient à des maîtres différents.

Mais l'idée de la destination du père de famille est en elle-même plus générale, et, malgré la rédaction en apparence restrictive de l'art. 693, on doit admettre l'existence de cette destination dans le cas où le propriétaire d'un seul et même fonds établit sur l'une de ses parties une charge au profit de l'autre partie [1],

[25] Pardessus et Proudhon, *locc. citt.* Bourges, 30 janvier 1826, Sir., 27, 2, 62. Req. rej., 14 février 1842, Sir., 42, 1, 363. Civ. cass., 2 décembre 1844, Sir., 45, 1, 24. Lyon, 17 février 1846, Sir., 46, 2, 485. Bordeaux, 11 novembre 1849, Sir., 49, 2, 349. Grenoble, 22 novembre 1860, *Journ. de Grenoble et de Chambéry*, 1861, p. 150. Req. rej., 9 avril 1862, Sir., 62, 1, 465. Besançon, 9 janvier 1863, Sir., 63, 2, 79. Req. rej., 27 avril 1864, Sir., 64, 1, 212. Req. rej., 24 janvier 1865, Sir., 65, 1, 125.

[26] Cpr. § 169, texte et note 15. Crim. cass., 3 mars 1844, Sir., 44, 1, 349. Nancy, 6 août 1845, Sir., 46, 2, 249. Nancy, 13 décembre 1846, Sir., 47, 2, 83. Crim. cass., 1er mars 1849, Sir., 49, 1, 666. Trib. des conflits, 27 mars 1851, Sir., 51, 2, 454. Crim. rej., 18 juin 1853, Sir., 54, 1, 72. Crim. rej., 5 janvier 1855, Sir., 55, 1, 145. Rouen, 12 avril 1856, Sir., 57, 2, 347. Paris, 11 mars 1861, Sir., 61, 2, 497. Déc. en Cons. d'État, 2 septembre 1862, Sir., 62, 2, 489. Voy. en sens contraire : De Raze, *Revue critique*, 1863, XXIII, p. 143.

[1] Il n'y a aucune raison plausible pour distinguer entre le cas où il s'agit de deux héritages, dont l'un est grevé d'une charge au profit de l'autre, et le cas où une partie d'un fonds est assujettie à un service envers l'autre partie de ce même fonds. Si dans les art. 693 et 694 il est parlé de deux héritages, c'est que le législateur s'est placé au moment de la séparation, dont l'effet, même au dernier cas, est de créer deux héritages distincts. Duranton, V, 566. Demolombe, XII, 826. Zachariæ, § 252, texte et note 1re. Civ. cass., 13 juin 1814, Sir., 14, 1, 153. Toulouse, 21 juillet 1836, Sir., 37, 2, 155. Req. rej., 26 avril 1837, Sir., 37, 1, 916. Req. rej., 24 février 1840, Sir., 40, 1, 97. Civ.

comme aussi dans celui où le propriétaire de deux fonds, dont l'un se trouvait grevé d'une servitude envers l'autre avant leur réunion dans sa main, a maintenu cet état de choses [2].

La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes qui sont à la fois continues et apparentes. Art. 692. En d'autres termes, lorsque des héritages, entre lesquels il existe un état de choses constitutif d'une servitude continue et apparente, cessent d'être réunis dans la même main, le service auquel l'un d'eux se trouve assujetti envers l'autre, se transforme en servitude et subsiste désormais avec ce caractère, comme si la servitude avait été constituée par titre.

L'effet attribué à la destination du père de famille est indépendant de la cause qui a opéré la séparation des deux héritages. Il est indifférent qu'elle soit le résultat d'un partage, ou d'un acte d'aliénation [3], et que l'aliénation ait eu lieu volontairement ou forcément [4]. Il y a mieux, la destination du père de famille produirait son effet activement et passivement, dans le cas où le propriétaire des deux héritages aurait perdu la propriété de l'un d'eux par l'effet de la prescription de dix à vingt ans [5].

cass., 17 novembre 1847, Sir., 48, 1, 30. Req. rej., 7 avril 1863, Sir., 63, 1, 369. Voy. en sens contraire : Req. rej., 10 mai 1825, Sir., 26, 1, 235. Cpr. aussi : Solon, n° 289, 3°; Pardessus, II, 300, *in fine*. Le premier de ces auteurs, tout en rejetant la doctrine exposée au texte dans l'hypothèse prévue par les art. 692 et 693, l'admet pour celle dont s'occupe l'art. 694; tandis qu'à l'inverse, Pardessus la repousse précisément dans cette dernière hypothèse.

[2] Celui qui réunit dans sa main deux héritages, dont l'un est grevé d'une servitude envers l'autre, et qui laisse subsister l'état de choses constitutif de cet assujettissement, se l'approprie par là tout aussi bien que s'il l'avait établi lui-même. Delvincourt, I, p. 417. Toullier, III, 609. Pardessus, II, 288. Demante, *Cours*, II, 548 *bis*, I. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 252. Demolombe, XII, 814. Zachariæ, § 252, texte et note 3. Bordeaux, 21 février 1826, Sir., 26, 2, 275. Voy. en sens contraire : Duranton, V, 570 et 574 ; Duvergier sur Toullier, III, 609, note *a* ; Marcadé, sur l'art. 694, n° 3.

[3] L'art. 693 ne s'attache qu'au fait même de la division des deux héritages, autrefois réunis dans une même main, sans s'occuper de la manière dont cette division s'est opérée. Pardessus, II, 289. Marcadé, sur les art. 692 et 693, n° 1. Demolombe, XII, 827.

[4] Solon, n° 390. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, *loc. cit.* Bourges, 17 janvier 1831, Sir., 32, 2, 88. Civ. cass., 30 novembre 1853, Sir., 54, 1, 679. Cpr. Req. rej., 19 juin 1861, Sir., 63, 1, 133.

[5] Demolombe, XII, 809.

Celui qui invoque la destination du père de famille pour le maintien d'une servitude continue et apparente, n'a pas besoin de produire son titre d'acquisition, et de justifier qu'il est le successeur de la personne à laquelle il attribue la destination du père de famille. Il lui suffit de prouver que les deux fonds, actuellement divisés, se sont trouvés réunis dans la main de cette personne, et que c'est par elle que ces fonds ont été mis ou laissés dans l'état duquel résulte la servitude. La preuve de l'un et de l'autre de ces faits peut être administrée par témoins, même sans commencement de preuve par écrit [6].

Les servitudes discontinues, même apparentes, ne peuvent s'acquérir par la seule destination du père de famille. Mais lorsque, par suite d'un acte d'aliénation, de disposition, ou de partage, deux héritages appartenant au même propriétaire viennent à être divisés, et qu'au moment de leur séparation il existe entre eux un signe apparent de servitude [7], la charge manifestée par ce signe revêt désormais le caractère de servitude, pourvu que l'acte d'aliénation, de disposition, ou de partage, ne renferme aucune convention spéciale portant le contraire [8]. Art. 494 [9].

[6] Toullier, III, 610. Duranton, V, 574. Solon, n° 383. Marcadé, sur les art. 692 et 693, n° 2. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 353. Demante, *Cours*, II, 548 *bis*, II. Demolombe, XII, 812. Paris, 30 janvier 1810, Sir., 13, 2, 327. Voy. cep. Pardessus, II, 290 et 291; Zachariæ, § 252, texte et note 7. Suivant ces auteurs, la preuve testimoniale serait bien admissible pour justifier que c'est par la personne à laquelle est attribuée la destination du père de famille, qu'a été créé ou maintenu l'état de choses constitutif de servitude; mais elle ne le serait plus pour établir que les deux fonds, aujourd'hui divisés, ont appartenu à cette personne. Cette distinction doit être rejetée. Celui qui invoque la destination du père de famille, demandeur sur action confessoire, et non en revendication, n'a point à prouver le droit de propriété de la personne dont émane cette destination; il lui suffit d'établir le fait de la réunion des deux héritages actuellement divisés, et de leur possession simultanée par cette personne. Or, la preuve de ce fait, comme celle de tout autre fait pur et simple, peut évidemment s'administrer par témoins. Cpr. § 762, texte n° 1, notes 5 à 7.

[7] Peu importe que ce signe se trouve dans l'héritage dominant ou dans l'héritage servant. Req. rej., 2 avril 1854, Sir., 55, 1, 117.

[8] Une clause générale *d'affranchissement de toute servitude* serait d'ordinaire, et à moins de circonstances particulières, insuffisante pour empêcher le maintien de la servitude. Demolombe, XII, 825. Req. rej., 2 février 1825, Sir., 25, 1, 363.

[9] Différents systèmes ont été proposés pour concilier l'art. 694, qui se contente d'un signe apparent de servitude, sans exiger le caractère de continuité,

La partie qui invoque la disposition de l'art. 694 est tenue de produire l'acte par lequel s'est opérée la séparation des deux héritages, afin de pouvoir se placer dans l'hypothèse que prévoit

avec les art. 692 et 693, qui n'admettent la destination du père de famille qu'à l'égard des servitudes tout à la fois continues et apparentes. D'après une première opinion, l'art. 694 ne serait que le complément des art. 692 et 693, et ne s'appliquerait, comme ces derniers, qu'aux servitudes continues et apparentes. Maleville, sur l'art. 694. Delvincourt, I, p. 417 et 418. Favard, *Rép.*, v° Servitude, sect. III, § 4, n° 3. Villequez, *Revue historique*, 1859, V, p. 197. Voy. aussi : Toullier, III, 612 et 613. Une seconde opinion, diamétralement opposée à la première, soutient que l'art. 692 doit s'expliquer par l'art. 694, et qu'ainsi il suffit, dans tous les cas, que la servitude soit apparente. Taulier, II, p. 450 et suiv. Ces deux interprétations nous paraissent également inadmissibles : l'une enlève à l'art. 694 toute signification et toute possibilité d'application, l'autre supprime de fait l'art. 692. Une troisième opinion, distinguant entre le cas où la séparation des deux héritages s'est opérée par un partage, et celui où elle a été le résultat d'un acte d'aliénation ou de disposition, applique, d'une manière distributive, les art. 692 et 693 au premier de ces cas, et l'art. 694 au second. Sacaze, *Revue de législation*, 1851, III, 247. Caen, 15 novembre 1836, Sir., 37, 2, 187. Toulouse, 6 janvier 1844, Sir., 44, 2, 444. Toulouse, 11 août 1854, Sir., 55, 2, 609. Metz, 3 juin 1858, Sir., 58, 2, 657. Cette opinion, quoique plus spécieuse que les précédentes, n'en doit pas moins être rejetée, parce que, d'une part, elle restreint arbitrairement la portée de l'art. 693, qui, d'après la généralité de sa rédaction, s'applique à tous les cas où, n'importe par quelle cause, les deux héritages autrefois réunis se sont trouvés séparés, et que, d'autre part, elle tire, sans aucun motif rationnel, une conséquence exagérée du terme *dispose*, dont le législateur ne s'est évidemment servi dans l'art. 694, que pour arriver à exprimer l'idée de la division des deux héritages par suite d'un acte juridique quelconque, et non pour limiter l'application de cet article au cas où elle s'est opérée par un acte d'aliénation ou de disposition, à l'exclusion de celui où elle a eu lieu par l'effet d'un partage. Ces trois premiers systèmes écartés, il en reste deux autres entre lesquels on peut sérieusement hésiter. Suivant l'un, l'art. 694 s'appliquerait à l'hypothèse où il est établi que la servitude existait déjà comme telle avant la réunion dans la même main des héritages qui depuis ont été de nouveau séparés, de sorte que la servitude, éteinte par la réunion, renaîtrait par la séparation. Ce système, fondé sur le texte même de l'art. 694 et sur l'explication qu'en a donnée le tribun Albisson (Locré, *Lég.*, VIII, p. 395 à 397, n°s 16 et 18), a été adopté par Zachariæ (§ 252, texte *in fine*, et note 9) et Pardessus (II, 288 et 300), qui s'étaient d'abord prononcés, l'un en faveur de la première opinion, l'autre pour la troisième. Voy. également dans ce sens : De Fréminville, *De la minorité*, II, 738 ; Troplong (*Rapport à la Chambre des requêtes*, Sir., 40, 1, 97); Marcadé, sur l'art. 694, n° 3 ; Del Marmol (*Revue pratique*, 1863, XVI, p. 54 à 57), et les arrêts de la Cour de Bruxelles qu'il cite ; Lyon,

l'article précité[10], et pour rendre possible la vérification du point de savoir si cet acte ne contient aucune stipulation contraire au maintien de la servitude.

Quant aux servitudes non apparentes, elles ne peuvent s'acquérir, ni par la destination seule du père de famille, ni par l'effet de cette destination, accompagnée de la convention tacite que suppose l'art. 694. C'est ce qui a lieu notamment pour la servitude *non ædificandi, vel altius non tollendi*[11].

11 juin 1831, Sir., 32, 2, 123. Enfin, un cinquième et dernier système considère l'art. 694, comme consacrant un mode particulier d'établissement des servitudes discontinues et apparentes, et le fait résulter d'une convention tacite, dont l'existence serait légalement présumée, à raison du signe par lequel se manifeste la servitude et de la destination du père de famille à laquelle elle se rattache. Demante, *Themis*, VI, p. 473, et *Cours*, II, 549 *bis*. Duranton, V, 570 à 573. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 354. Demolombe, XII, 821. Dupuich, *Revue pratique*, 1862, XIII, p. 209. Toulouse, 21 juillet 1836, Sir., 37, 2, 155. Req. rej., 26 avril 1837, Sir., 37, 1, 916. Douai, 1er juillet 1837, Sir., 38, 2, 22. Req. rej., 24 février 1840, Sir., 40, 1, 97. Limoges, 4 août 1840, Sir., 41, 2, 99. Civ. rej., 8 juin 1842, Sir., 42, 1, 609. Civ. cass., 17 novembre 1847, Sir., 48, 1, 30. Civ. cass., 30 novembre 1853, Sir., 54, 1, 679. Req. rej., 7 avril 1863, Sir., 63, 1, 369. Req. rej., 27 mars 1866, Sir., 66, 1, 215. Tout pesé, ce dernier système, bien qu'il ne soit pas à l'abri de toute objection, nous paraît cependant préférable. La raison principale qui nous engage à rejeter le quatrième, est qu'il a pour résultat d'imposer à la personne qui se prévaut de l'art. 694, la production du titre par lequel la servitude discontinue avait été originairement constituée, preuve que cet article ne met point à sa charge.

10 Le terme *dispose*, employé par l'art. 694, quoique s'appliquant, comme nous l'avons établi dans la note précédente, à tout acte juridique quelconque, est nécessairement exclusif du cas où la séparation des deux héritages a eu lieu par l'effet de la prescription. Telle est l'idée que nous avons voulu exprimer au texte, en disant que celui qui invoque l'art. 694 doit produire l'acte par lequel s'est opérée la séparation, afin de pouvoir se placer dans l'hypothèse prévue par cet article. Mais en dehors du cas de prescription, l'art. 694 s'applique même à l'hypothèse où la séparation a été opérée indépendamment du fait du propriétaire. Req. rej., 19 juin 1861, Sir., 63, 1, 133.

11 On a voulu soutenir que la servitude dont il est question au texte, bien que n'étant pas susceptible de s'acquérir directement par la destination du père de famille, pouvait cependant être admise comme conséquence d'une servitude de vue établie par cette destination, par le motif qu'il appartiendrait au juge de régler la portée de cette dernière servitude. Mais c'était là une erreur évidente. La servitude de vue, telle que la loi la comprend en la rangeant dans la classe des servitudes apparentes (voy. art. 689), a sa limite tracée dans les art. 678 et 679, et il n'est pas au pouvoir du juge de dépasser cette limite, en substituant à

Du reste, les servitudes acquises par destination du père de famille, soit en vertu des art. 692 et 693, soit en conformité de l'art. 694, sont opposables aux tiers, indépendamment de toute transcription [12].

§ 253.

Des droits du propriétaire de l'héritage dominant, et des actions qui lui compètent.

A. Les droits du propriétaire de l'héritage dominant se déterminent, en général, d'après les principes suivants :

1° Le propriétaire de l'héritage dominant peut exercer son droit dans toute l'étendue que comportent, d'après l'usage local, les

la servitude de vue, la servitude plus étendue de ne pas bâtir ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée, servitude qui, par cela même qu'elle est occulte, ne peut s'établir que par titre. Ainsi, le propriétaire d'un héritage grevé par destination du père de famille d'une servitude de vue, n'en conserve pas moins la faculté de construire à la distance de 19 ou de 6 décimètres, suivant qu'il s'agit de vues droites ou obliques. Cpr. § 196, texte, lett. *b*. Toullier, III, 533. Demolombe, XII, 579. Zachariæ, § 252, texte et note 4. Req. rej., 23 avril 1817, Sir., 17, 1, 336. Pau, 12 décembre 1834, Sir., 35, 2, 303. Caen, 13 mai 1837, Sir., 37, 2, 333. Civ. rej., 15 février 1843, Sir., 43, 1, 351. Aix, 18 novembre 1854, Sir., 55, 2, 33. Civ. cass., 10 avril 1855, Sir., 55, 1, 369. Civ. cass., 17 août 1858, Sir., 59, 1, 71. Req. rej., 5 août 1862, Sir., 63, 1, 134. — C'est à tort que, dans une note sur l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 1855, ci-dessus cité, le *Recueil général des lois et arrêts* fait dire à Zachariæ que la servitude de vue ne peut pas non plus s'acquérir par destination du père de famille. Cet auteur, en effet, ne parle pas, à la note 4 du § 252, de la servitude de vue (*ne luminibus officiatur*), mais de la *servitus prospectus*, ce qui est bien différent.

12 Rivière et François, *Explication de la loi du 23 mars 1855*, n° 38. Lesenne, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, n° 50. Flandin, *De la transcription*, I, 412 à 416. Voy. en sens contraire : Mourlon, *De la transcription*, I, 115 et 116. Suivant cet auteur, celui qui entend se prévaloir de la destination du père de famille, devrait se procurer un acte qui la constate, pour le soumettre ensuite à la formalité de la transcription. Mais cette opinion ne repose que sur une confusion entre les conventions verbales et les conventions tacites ou présumées. Elle ajoute évidemment aux dispositions de la loi, qui n'assujettit à la transcription que les actes constitutifs de droits de servitude, et les jugements déclarant, en vertu d'une convention verbale, l'existence de pareils droits, sans exiger la constatation par écrit de l'établissement des servitudes qui se constituent, indépendamment de toute convention expresse, par le concours de certains faits matériels.

servitudes du genre de celle qui se trouve établie au profit de cet héritage[1].

2° Toute servitude emporte avec elle la faculté d'exercer les servitudes accessoires qui sont indispensables à l'usage de la servitude principale. C'est ainsi que l'établissement d'une servitude de puisage entraîne le droit au passage nécessaire pour arriver au puits servant. Art. 696.

Mais la constitution d'une servitude n'emporte pas virtuellement, et dans tous les cas, concession d'autres servitudes qui, quoique de nature à en rendre l'exercice plus commode, ne sont cependant pas indispensables à son usage. C'est ainsi que la servitude d'aqueduc ne comprend pas nécessairement celle de passage[2], ni la servitude de gouttière, celle du tour d'échelle[3].

Les servitudes accessoires n'ont pas d'existence propre et distincte de celle de la servitude principale, de sorte que l'extinction de celle-ci, par une cause quelconque, emporte également extinction des premières, et que l'exercice seul d'une servitude accessoire ne suffit pas pour conserver la servitude principale[4].

3° Le propriétaire de l'héritage dominant a le droit d'exécuter, sur l'héritage servant, les travaux nécessaires à l'exercice et à la conservation de la servitude; mais il doit en supporter les frais; et ce, dans le cas même où la nécessité des réparations aurait été amenée par un vice inhérent à la nature de l'héritage servant[5]. Art. 697 et 698. Il en est ainsi pour la servitude *oneris ferendi*, comme pour toutes les autres[6].

[1] Arg. art. 1135, 1159 et 1160.

[2] Demolombe, XII, 832. Civ. rej., 18 juillet 1843, Sir., 43, 1, 833. Riom, 24 janvier 1856, Sir., 56, 2, 591.

[3] Toullier, III, 646. Solon, n° 343. Daviel, *Des cours d'eau*, III, 945. Demolombe, *loc. cit.* Caen, 8 juillet 1826, Sir., 27, 2, 225. Bourges, 3 août 1831, Sir., 32, 2, 131. Bordeaux, 29 décembre 1836, Sir., 38, 2, 132. Cpr. § 238, texte et note 10.

[4] Demolombe, XII, 831.

[5] Req. rej., 7 décembre 1859, Sir., 60, 1, 333.

[6] En Droit romain, le propriétaire d'un mur grevé de la servitude *oneris ferendi* était, du moins suivant l'opinion de la grande majorité des auteurs, de plein droit tenu d'entretenir ce mur en état de supporter la charge de l'édifice dominant. L. 6, § 2, D. *si serv. vind.* (8, 5). Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, § 6, p. 55. M. Duranton (V, 503) enseigne que la loi précitée doit encore être suivie aujourd'hui. Mais cette opinion est inadmissible en présence de l'art. 698, qui, sans distinguer entre les diverses espèces de servitudes, met, sauf

Cependant, et par exception à la règle *Servitus non in faciendo consistit*, il est permis de stipuler que les frais dont il s'agit seront à la charge du propriétaire de l'héritage servant. Art. 698. Une pareille stipulation, qui peut avoir lieu, soit dans l'acte constitutif de servitude, soit dans un acte postérieur[7], n'engendre qu'une obligation réelle, dont le propriétaire du fonds servant est, nonobstant toute renonciation contraire[8], admis à s'affranchir, pour le passé aussi bien que l'avenir[9], par l'abandon de ce fonds[10]

stipulation contraire, à la charge du propriétaire de l'héritage dominant, les frais des travaux nécessaires à l'exercice et à la conservation de la servitude. Toullier, III, 665. Solon, n° 572. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 359. Demante, *Cours*, II, 555 *bis*, I. Demolombe, XII, 874.

7 Pardessus, I, 67. Demolombe, XII, 876. Zachariæ, § 253, texte et note 3. — Il est bien entendu que si cet acte postérieur n'avait pas été transcrit, la stipulation qu'il renferme ne pourrait être opposée aux tiers.

8 Une pareille renonciation serait illicite, parce qu'elle transformerait en un service imposé à la personne, une obligation que la loi n'admet qu'à titre de charge réelle. Art. 686. Duranton, V, 615. Demante, *Cours*, II, 555 *bis*, I. Demolombe, XII, 881. Voy. en sens contraire : Pardessus, I, 69.

9 Cpr. Pardessus, II, 316. Voy. en sens contraire : Demolombe, XII, 883. Notre savant collègue se fonde sur ce que l'obligation d'entretenir et de réparer, imposée au propriétaire du fonds servant, forme une conséquence inséparable de son droit de propriété, conséquence que l'abandon de ce droit ne peut pas faire disparaitre pour le passé. Nous répondrons que si l'exécution de l'obligation dont s'agit ne peut être poursuivie que contre le propriétaire de l'héritage servant, elle ne découle cependant pas de son droit de propriété, mais bien de la convention par laquelle elle a été imposée, et que la faculté d'abandon, dont ce dernier n'a aucun intérêt à user tant qu'il n'y a pas de réparations à faire, lui a été précisément accordée comme moyen de se soustraire à l'engagement de les exécuter.

10 Cet abandon doit incontestablement porter sur le fonds assujetti tout entier. Mais il peut se présenter des circonstances dans lesquelles il sera assez difficile de déterminer ce qu'on doit entendre par *fonds assujetti*, ou, en d'autres termes, de décider si la servitude affecte l'héritage tout entier, ou seulement une partie déterminée de l'héritage. Nous admettons, avec MM. Pardessus (II, 316) et Demolombe (XII, 883), que, dans le cas où il s'agit d'un mur destiné à soutenir une terrasse ou d'une digue, ce n'est pas seulement le mur ou la digue qui se trouvent assujettis, mais l'héritage tout entier sur lequel l'un ou l'autre sont établis, et qu'ainsi le propriétaire de cet héritage ne pourrait s'affranchir de l'obligation de faire des réparations devenues nécessaires, en offrant d'abandonner seulement le mur ou la digue. Voy. aussi dans ce sens : Montpellier, 11 mai 1858, Sir., 59, 2, 33. Mais, contrairement à l'opinion des auteurs ci-dessus cités, nous pensons que, lorsqu'il est question d'une servitude de passage, il

au propriétaire du fonds dominant. Art. 699. Mais aussi cette obligation passe-t-elle, comme participant de la nature même du droit de servitude, aux propriétaires successifs de l'héritage servant[11].

Les règles qui viennent d'être exposées sont d'ailleurs sujettes à modification, lorsque c'est par la faute, soit du propriétaire du fonds servant, soit du propriétaire du fonds dominant, que les travaux sont devenus nécessaires. Au premier cas, ils sont à la charge du propriétaire du fonds servant, indépendammeut de toute stipulation ; et au second, ils doivent, nonobstant la convention qui les a mis à la charge de ce dernier, être faits aux frais du propriétaire du fonds dominant[12].

n'y a d'assujetti, du moins dans le sens de l'art. 699, que la partie du fonds sur laquelle est assis le passage, peu importe que son assiette ait été déterminée par le titre constitutif de la servitude ou par un règlement postérieur. Voy. L. 13, § 1, D. *de serv. præd. rust.* (8, 3). Si, dans cette hypothèse, le propriétaire du fonds servant peut être éventuellement tenu de fournir un autre passage en remplacement de celui qui serait devenu impossible, cette éventualité ne doit pas le priver de la faculté de se soustraire à l'obligation d'entretenir le chemin actuellement existant, en en faisant l'abandon. Autrement cette faculté, qui cependant est de l'essence de l'obligation dont s'agit, et à laquelle il n'est pas permis de renoncer, pourrait devenir complétement illusoire. Voy. en ce sens : Toullier, III, 680 ; Duranton, V, 615 ; Marcadé, sur les art. 697 à 699, n° 2 ; Demante, *Cours*, II, 555 *bis*, II ; Zachariæ, § 253, texte et note 6. Cpr. aussi : Maleville, sur l'art. 699.

[11] Les arguments qu'on invoque d'ordinaire pour défendre cette manière de voir et pour combattre l'opinion contraire, ne nous paraissent pas très-concluants, en ce qu'ils résolvent plus ou moins la question par la question. A notre avis, la véritable raison de décider se tire du texte même des art. 698 et 699, dans lesquels le législateur s'occupe bien moins des rapports du stipulant et du promettant, que de ceux des propriétaires des héritages dominant et servant, quels qu'ils puissent être à l'époque où se présente la nécessité des travaux que réclament la conservation et l'usage de la servitude ; ce qui suppose que l'obligation de supporter les frais de ces travaux, contractée par celui qui a constitué la servitude, passe à tous les propriétaires de l'héritage servant. Delvincourt, I, p. 419. Pardessus, I, 67. Duranton, V, 613. Zachariæ, § 253, note 5. Marcadé, sur les art. 697 à 699, n° 1. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 359. Demante, II, 555 *bis*, I. Demolombe, XII, 880. Lyon, 24 février 1858, Sir., 59, 2, 495. Civ. rej., 7 mars 1859, Sir., 59, 1, 904. Civ. cass., 3 avril 1865, Sir., 65, 1, 216.

[12] Arg. art. 1382 et 1383. Cpr. Demolombe, XII, 879 ; Req. rej., 7 décembre 1859, Sir., 60, 1, 333. Voy. aussi : § 254.

4° La servitude n'existant qu'au profit du fonds dominant, dont elle forme une qualité active, elle ne peut en être détachée, sous une forme quelconque, pour être reportée sur d'autres fonds appartenant, soit à des tiers, soit même au propriétaire de l'héritage dominant[13].

5° L'exercice de la servitude ne peut excéder les besoins de l'héritage dominant, eu égard à son étendue à l'époque où elle a éét constituée. Le bénéfice d'une servitude ne saurait donc être appliqué par voie d'extension à des fonds que le propriétaire de l'héritage dominant y aurait ultérieurement réunis.

Toutefois, on ne devrait pas considérer comme une extension abusive, la simple communication à d'autres fonds du bénéfice de la servitude, en tant que cette communication ne serait que la suite ou le résultat de l'exercice légitime du droit appartenant au propriétaire du fonds dominant. C'est ainsi que celui auquel compète une servitude de prise d'eau ou d'aqueduc, peut donner aux eaux, à la sortie de son héritage, une direction qui aura pour résultat d'en procurer l'avantage à d'autres fonds appartenant à lui-même ou à des tiers[14].

6° De même que la servitude ne peut être exercée que dans l'intérêt du fonds dominant, de même aussi elle ne peut l'être que pour les besoins en vue desquels elle a été établie.

Lors donc que la servitude a été limitativement constituée pour un usage déterminé, il n'est pas permis de l'exercer pour d'autres usages. C'est ainsi que celui qui a acquis une servitude de prise d'eau pour l'irrigation, ne peut en user pour le roulement d'une usine[15]; et que celui qui a acquis une pareille servitude pour faire marcher un moulin à tan ou à foulon, ne peut s'en servir pour faire mouvoir un moulin à huile ou à blé, devant faire concurrence à celui qui se trouve sur le fonds servant[16].

13 Cpr. § 247, texte et note 15. Demolombe, XII, 847. Zachariæ, § 253, texte et note 7.

14 Cœpolla, *De servitutibus*, I, cap. XIV, n° 16. Pardessus, I, 59. Demolombe, XII, 848. Caen, 5 décembre 1827, Sir., 30, 2, 206. Req. rej., 23 avril 1856, Sir., 56, 1, 575. Cpr. aussi : Req. rej., 24 février 1844, Sir., 44, 1, 658; Req. rej., 5 janvier 1858, Sir., 58, 1, 288.

15 Demolombe, XII, 849. Req. rej., 5 mai 1857, Sir., 57, 1, 335.

16 Req. rej., 15 janvier 1834, Sir., 34, 1, 491. Req. rej., 9 décembre 1839, Sir., 39, 1, 918. Voy. cep. Req. rej., 6 mars 1849, Sir., 49, 1, 499. Ce der-

Que si la servitude avait été établie d'une manière générale, et sans limitation à tel ou tel usage, elle pourrait être exercée pour tous les besoins du fonds dominant, alors même qu'ils auraient reçu plus d'extension par suite de changements opérés dans ce fonds. C'est ainsi que celui qui a acquis un droit de passage, dont l'exercice n'a pas été restreint aux usages que réclamaient la nature et la destination du fonds servant lors de l'établissement de la servitude, est autorisé à en user pour le service d'un nouveau mode d'exploitation de ce fonds, et même pour celui de bâtiments qu'il y aurait ultérieurement construits[17].

7° Le propriétaire de l'héritage dominant, tout en n'usant de la servitude que pour les besoins en vue desquels elle a été établie, est en outre tenu de s'abstenir de tous changements de nature à aggraver la condition de l'héritage servant. Art. 702. Toutefois, ce principe ne doit pas être appliqué avec trop de rigueur; le propriétaire de l'héritage servant n'est en droit de se plaindre, qu'autant que le changement opéré lui cause un préjudice sensible[18].

La seule circonstance que l'héritage dominant viendrait à être habité par un plus grand nombre de personnes, ne constituerait pas une aggravation de la servitude de passage ou de puisage. Il

nier arrêt nous paraît avoir confondu une question d'extension de la servitude à des usages en vue desquels elle n'avait pas été établie, avec une question de simple aggravation, et, d'un autre côté, avoir contrevenu à la maxime *Tantum præscriptum, quantum possessum.* En effet, dans l'espèce sur laquelle il a statué, il ne s'agissait pas d'une servitude ayant seulement pour objet le passage des eaux, mais avant tout d'une servitude de prise d'eau, qui n'avait été acquise par prescription que pour les besoins de l'irrigation. Cpr. encore sur d'autres applications de la règle posée au texte: Bordeaux, 25 mai 1830, Sir., 30, 2, 248; Lyon, 27 juin 1849, Sir., 50, 2, 179.

[17] Caen, 27 août 1842, Sir., 43, 2, 101. Rouen, 11 mars 1846, Sir., 46, 2, 472. Agen, 4 juillet 1856, Sir., 57, 2, 65. Req. rej., 28 juin 1865, Sir., 65, 1, 339. Cpr. Bordeaux, 22 décembre 1851, Sir., 52, 2, 44. Cet arrêt, sainement entendu, n'est pas contraire à notre doctrine : la solution qu'il donne se rattache à cette idée, qu'une servitude acquise par prescription doit être restreinte dans les limites de la possession.

[18] Zachariæ, § 253, note 8. Cpr. Metz, 12 juin 1807, Sir., 7, 2, 188; Riom, 25 janvier 1829, Sir., 29, 2, 180; Req. rej., 17 mai 1843, Sir., 43, 1, 811; Req. rej., 20 décembre 1858, Sir., 59, 1, 799. — Par arrêt du 4 juillet 1856 (Sir., 57, 2, 65), la Cour d'Agen a même décidé qu'il n'y a pas aggravation de la servitude de passage dont jouit un bâtiment, lorsqu'il est converti en maison de tolérance.

en serait de même, pour la servitude de pacage, de l'augmentation des bestiaux attachés à l'exploitation du fonds dominant[19].

B. Les règles qui viennent d'être développées ne doivent recevoir leur application que sauf les particularités résultant du titre, de la possession, ou de la destination du père de famille.

1° Lorsqu'une servitude a été constituée par un acte juridique, soit entre vifs, soit à cause de mort, c'est aux clauses du titre, expliquées au besoin d'après les règles générales sur l'interprétation des conventions ou des testaments, qu'il faut s'attacher, en premier lieu, pour déterminer l'étendu et le mode d'exercice de la servitude[20], en tenant compte cependant des modifications qui pourraient être le résultat de la prescription.

Cette règle, spécialement appliquée à la servitude de vue (*ne luminibus officiatur*), conduit à reconnaître que celui qui a concédé la faculté d'ouvrir des vues sur son fonds, s'étant par cela même tacitement engagé à ne pas rendre sa concession inutile, ne peut élever des constructions qui obstrueraient les vues ouvertes par le propriétaire de l'héritage dominant. Quant à la distance à laquelle il est obligé de se tenir pour bâtir sur son fonds, elle doit, lorsque le titre ne la détermine ni explicitement ni implicitement, être fixée à 19 ou à 6 décimètres, suivant qu'il s'agit de vues droites ou obliques[21].

2° Lorsqu'une servitude a été acquise par prescription, l'étendue et les effets de cette servitude se déterminent d'après la règle *Quantum possessum, tantum præscriptum*, de telle sorte que le propriétaire du fonds dominant ne peut l'exercer que dans les limites et sous les restrictions qui ont accompagné la possession[22]. C'est ainsi que celui qui a acquis par prescription une servitude

[19] Req. rej., 30 décembre 1839, Sir., 40, 1, 513.

[20] Merlin, *Quest.*, v° Servitude, § 3. Toullier, III, 654. Pardessus, II, 270. Demolombe, XII, 866. Zachariæ, § 253, texte et note 8 *bis*. Civ. rej., 5 novembre 1856, Sir., 56, 1, 856. Req. rej., 26 janvier 1858, Sir., 59, 1, 73. Req. rej., 28 juin 1865, Sir., 65, 1, 339.

[21] Arg. art. 1135 et 1160 cbn. 678 et 679. Toullier, III, 533. Duranton, V, 520. Pardessus, II, 237 et 312. Demante, *Cours*, II, 535 *bis*, I. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 321. Solon, n° 277. Demolombe, XII, 578. Civ. cass., 24 juin 1823, Sir., 24, 1, 26. Civ. rej., 26 juillet 1831, Sir., 31, 1, 346. Req. rej., 7 mars 1855, Sir., 56, 1, 392.

[22] Cpr. § 196, texte, lett. *b*, et note 36 ; § 252, texte et note 11.

de vue, ne peut s'opposer aux constructions que le propriétaire voisin voudrait établir à la distance légale de 19 ou de 6 décimètres[23].

La possession sert également à déterminer l'étendue et le mode d'exercice d'une servitude établie par titre, lorsque le titre est muet à cet égard, et que la servitude a été exercée d'une manière uniforme pendant un certain temps. Il en est ainsi, même pour les servitudes qui ne sont pas susceptibles d'être acquises par prescription. La possession qui a sa cause dans un titre, devant être présumée conforme aux intentions des parties dont il émane, n'est invoquée, en pareil cas, que comme moyen d'interprétation de ce titre[24]

D'un autre côté, même en présence d'un titre formel qui détermine les limites de la servitude, une possession dépassant ces limites a pour effet, au bout de trente années, d'augmenter l'étendue de la servitude, lorsque, d'ailleurs, celle-ci est susceptible d'être acquise par prescription[25].

Enfin, l'usage incomplet d'une servitude pendant le temps requis pour la prescription peut, suivant les circonstances, avoir pour effet de restreindre l'étendue originaire de toute espèce de servitudes[26].

3° Lorsqu'une servitude a été établie par destination du père de famille, son étendue et ses effets se déterminent d'après l'intention présumable du propriétaire qui a mis les choses dans l'état d'où résulte la servitude. Cette intention doit être appréciée eu égard à l'ensemble des circonstances dans lesquelles a été créée la charge qui, plus tard, s'est trouvée transformée en servitude[27].

23 L. 14, D. *si serv. vind.* (8, 5). Demolombe, XII, 867. Req. rej., 14 janvier 1834, Sir., 34, 1, 491. Civ. cass., 1er juillet 1861, Sir., 62, 1, 81.

24 Pardessus, II, n° 286, p. 115 et 116. Solon, n° 402. Demolombe, XII, 866. Req. rej., 8 novembre 1824, Sir., 25, 1, 242. Req. rej., 29 février 1832, Sir., 32, 1, 260. Civ. rej., 19 avril 1842, Sir., 42, 1, 442.

25 Rien n'empêche en effet de prescrire au delà ou en dehors de son titre. Voy. § 217, texte et note 3. Voy. aussi : art. 708. Toullier, III, 700. Duranton, V, 606. Pardessus, II, 286. Proudhon et Curasson, *Des droits d'usage*, I, 103 et 105. Dupret, *Revue de Droit français et étranger*, 1846, III, p. 818 à 821. Demolombe, XII, 783 à 784 *bis*. Req. rej., 9 novembre 1826, Sir., 27, 1, 29.

26 Voy. pour le développement de cette proposition : § 255.

27 Demante, *Cours*, II, 553. Demolombe, XII, 868. Civ. rej., 26 juillet 1831, Sir., 31, 1, 346.

C. Si l'héritage dominant vient à passer d'un propriétaire unique à plusieurs propriétaires, chacun de ces derniers est en droit d'exercer la servitude, à charge d'en user de manière à ne point aggraver la condition du fonds servant. Arg. art. 700.

Cette règle s'applique, non-seulement au cas où l'héritage dominant est possédé en commun par les divers copropriétaires, mais encore à celui où il se trouve divisé entre eux par suite de partage ou d'aliénation partielle[28].

D'un autre côté, il n'y a pas lieu de distinguer entre les servitudes qui, tel qu'un droit de prise d'eau pour l'irrigation, profitent directement à l'héritage dominant, et celles qui ne lui profitent qu'indirectement par les avantages qu'elles procurent aux personnes qui occupent cet héritage.

Ainsi, une servitude de passage constituée au profit d'un fonds qui appartenait originairement à une seule personne, peut être exercée par tous les copropriétaires actuels de ce fonds, ou par les propriétaires exclusifs des différents lots qui le composent. Seulement, doivent-ils tous pratiquer le passage par le même endroit. Art. 700.

Ainsi encore, les copropriétaires d'une maison, ou les propriétaires exclusifs de ses différents étages, sont tous autorisés à exercer la servitude de puisage établie au profit de cette maison, sans pouvoir être réduits à ne prendre que la quantité d'eau dont se servait le propriétaire originaire[29].

D. L'action qui compète au propriétaire de l'héritage dominant pour faire reconnaître l'existence de la servitude, et faire lever les obstacles qui s'opposent à son exercice, se nomme *action confessoire*. On y applique par analogie les règles relatives à la revendication[30].

[28] L. 23, § 3, D. *de serv. præd. rust.* (8, 3). Demolombe, XII, 858 et 859. Aix, 18 novembre 1854, Sir., 55, 2, 33.

[29] A moins que le contraire ne résulte du titre constitutif, une servitude de puisage doit, en effet, être considérée comme ayant été établie pour l'usage de la maison, eu égard aux besoins de tous ceux qui viendraient à l'habiter, et non pas seulement pour les besoins personnels du propriétaire originaire. Delvincourt, I, p. 420 et 421. Demolombe, XII, 860. Zachariæ, § 253, note 8. Voy. en sens contraire : Pardessus, I, 63.

[30] Cpr. L. 2, D. *si serv. vind.* (8, 5). Pardessus, II, 330 et suiv. Zachariæ, § 254 *b*, texte et note 2.

Le propriétaire de l'héritage dominant peut aussi actionner au possessoire ceux qui le troublent dans l'exercice de son droit, lorsque la servitude est tout à la fois continue et apparente, ou lorsque la servitude étant, soit discontinue, soit non apparente, il produit, à l'appui de sa quasi-possession, un titre émané du propriétaire de l'héritage servant ou de ses auteurs [31].

§ 254.

Des obligations et des droits du propriétaire de l'héritage servant.

1° Le propriétaire de l'héritage servant doit, si la servitude est négative, s'abstenir des actes de disposition ou de jouissance qu'elle a pour objet d'empêcher; et, si elle est affirmative, il est tenu de souffrir, de la part du propriétaire de l'héritage dominant, tout ce qu'elle autorise ce dernier à faire.

Il lui est en outre interdit, dans l'un ou l'autre cas, de rien entreprendre qui soit de nature à diminuer les avantages de la servitude, ou à en rendre l'exercice moins commode [1]. Art. 701, al. 1 et 2. C'est ainsi que le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude de passage, ne peut mettre en culture la bande de terrain sur lequel le passage s'effectue [2], et que le propriétaire d'une cour grevée d'une servitude de vue, ne peut faire couvrir cette cour d'un toit en vitrage, établi au-dessus des croisées par lesquelles s'exerce la vue [3].

Le propriétaire de l'héritage servant, qui a fait exécuter des travaux contraires à l'exercice de la servitude, est tenu de rétablir, à ses frais, les choses dans leur ancien état, et peut même, le cas échéant, être condamné à des dommages-intérêts. Que si l'héritage servant avait passé dans les mains d'un successeur particulier, celui-ci serait bien obligé de souffrir le rétablissement de l'ancien état de choses; mais il ne pourrait être condamné à le faire opérer

31 Cpr. § 182, texte n° 2; § 185, texte n° 3, lett. *b*, notes 28 à 32. Zachariæ, § 254 *b*, texte et note 1re.

1 Cpr. Bourges, 21 décembre 1831, Sir., 33, 2, 35; Civ. cass., 18 mai 1835, Sir., 35, 1, 712; Pau, 10 novembre 1862, Sir., 64, 2, 51.

2 Metz, 19 janvier 1858, Sir., 58, 2, 460.

3 Req. rej., 30 décembre 1839, Sir., 40, 1, 513. Civ. cass., 15 janvier 1840, Sir., 40, 1, 251. Voy. aussi : Bordeaux, 1er décembre 1827, Sir., 28, 2, 80 : Civ. cass., 18 mai 1835, Sir., 35, 1, 712. Cpr. cep. Req. rej., 8 juillet 1857, Sir., 58, 1, 672.

à ses frais, et ne serait passible d'aucuns dommages-intérêts [4], sauf au propriétaire de l'héritage dominant à récupérer ces frais et dommages-intérêts contre l'auteur des travaux qui forment obstacle à l'exercice de la servitude.

2° Sous la réserve de l'obligation de tolérer ou de s'abstenir qui découle de la servitude, le propriétaire de l'héritage servant conserve l'exercice de toutes les facultés inhérentes à la propriété. Il suit de là que le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude de passage conserve la faculté de se clore, de manière cependant à ne pas gêner l'exercice de la servitude [5], ainsi que celle d'élever

[4] L. 6, §§ 5 et 7, LL. 12 et 13, D. *de aqu. et aqu. pluv. arc.* (39, 3). La solution contraire est cependant défendue par M. Demolombe (XII, 895), qui se fonde, en premier lieu, sur ce que l'obligation de ne rien faire de contraire au droit de servitude, est réelle comme le droit dont elle découle, et se transmet ainsi, avec toutes ses conséquences, aux successeurs même particuliers. Cette argumentation ne repose, à notre avis, que sur une confusion. L'obligation de ne rien faire de contraire à la servitude est réelle sans doute, en ce sens que le successeur particulier ne doit pas y contrevenir, et qu'il est même tenu de souffrir la destruction des obstacles que son auteur a apportés à l'exercice de la servitude ; mais il en est autrement de l'obligation de réparer le dommage causé par le fait illicite de ce dernier. L'accomplissement de cette obligation, toute personnelle, ne peut être poursuivi que contre celui qui a occasionné le dommage : il serait aussi contraire aux principes généraux du Droit, qu'à la maxime *Servitus nunquam in faciendo consistit,* de rendre le successeur particulier responsable d'un fait qu'il n'a pas commis, et de le soumettre à l'obligation positive d'en faire disparaître les résultats. En vain, également, notre savant collègue invoque-t-il la disposition de l'art. 698. Si, par exception à la maxime précitée, l'obligation conventionnellement imposée au propriétaire du fonds servant, de faire les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude, passe au successeur particulier, ce n'est point un motif pour attacher le même effet à l'obligation de réparer les conséquences d'un fait délictueux. Ce qui le prouve d'une manière péremptoire, c'est que, d'après M. Demolombe lui-même, l'exécution de cette dernière obligation peut être poursuivie contre l'auteur des travaux faisant obstacle à l'exercice de la servitude, même après qu'il a cessé d'être propriétaire de l'héritage servant, tandis qu'il n'en est plus ainsi dans l'hypothèse prévue par l'art. 698. Quant à l'arrêt de la Cour de cassation (Req. rej., 16 avril 1838, Sir., 38, 1, 756), cité en faveur de l'opinion que nous combattons, il a été rendu dans une espèce particulière, et s'explique par la circonstance que le propriétaire de l'héritage dominant, placé dans l'impossibilité de rétablir l'ancien état de choses, se trouvait réduit à réclamer une indemnité, qui a pu être adjugée contre le nouveau propriétaire de l'héritage servant, parce qu'il profitait d'un changement ayant entraîné de fait la cessation de la servitude.

[5] Voy. les autorités citées au § 191, texte et note 17.

des constructions au-dessus du sol affecté au passage, à la condition de lui laisser la hauteur, la largeur, la lumière et l'air nécessaires à son exercice [6].

Il y a mieux, le propriétaire du fonds assujetti ne perd pas, à moins de convention contraire [7], le droit de faire servir ce fonds aux mêmes usages qu'à ceux qui forment l'objet de la servitude. C'est ainsi que celui dont le fonds est grevé d'une servitude de passage ou de pacage, conserve, en général, la faculté d'y passer lui-même ou d'y faire paître ses bestiaux, et que celui dont le puits est soumis à une servitude de puisage, conserve la faculté d'y puiser l'eau qui lui est nécessaire [8]. Seulement, le propriétaire de l'héritage servant doit-il, en pareil cas, contribuer dans la proportion de sa jouissance aux frais des réparations que nécessiterait cette communauté d'usage [9].

D'un autre côté, le propriétaire de l'héritage servant est autorisé à faire sur son fonds tous les travaux qui, sans aucunement gêner l'exercice de la servitude et sans en amoindrir l'utilité, auraient simplement pour résultat de la lui rendre moins onéreuse [10].

Il peut, dans le même but, provoquer le règlement de la servitude, lorsque la manière dont elle est exercée lui enlève la faculté de tirer parti de son héritage, et qu'il est possible d'y substituer un mode moins préjudiciable à ses intérêts, sans priver le propriétaire de l'héritage dominant des avantages auxquels il a droit [11]. C'est ce qui pourrait se présenter, par exemple, à l'occasion d'une servitude ayant pour objet l'extraction de sable ou de terre argileuse.

Il semble même qu'on doive reconnaître au propriétaire de l'héritage servant, la faculté d'y faire des constructions ou ouvrages qui, tout en changeant le mode d'exercice de la servitude, n'en

[6] Rouen, 22 mai 1837, Sir., 56, 2, 666, à la note. Aix, 19 janvier 1855, Sir., 56, 2, 666.

[7] Cpr. Req. rej., 25 juin 1834, Sir., 34, 1, 509.

[8] Demolombe, XII, 887. Cpr. Req. rej., 30 décembre 1839, Sir., 40, 1, 513.

[9] Pardessus, I, 66. Solon, n° 576. Daviel, *Des cours d'eau*, II, 908. Demolombe, XII, 888. Cpr. Caen, 23 janvier 1849, Sir., 49, 2, 718.

[10] Demolombe, XII, 893.

[11] Cette proposition n'est pas plus contestable que la précédente ; elle est une conséquence du principe que toute servitude doit être exercée *civiliter*.

diminueraient pas l'utilité, et ne causeraient aucun préjudice au propriétaire de l'héritage dominant [12].

Enfin, la loi donne au propriétaire de l'héritage servant, la faculté de demander le déplacement à ses frais de l'assiette de la servitude, lorsque l'assignation primitive lui est devenue plus onéreuse, ou l'empêche d'améliorer son héritage, à la condition d'offrir au propriétaire de l'héritage dominant, un endroit aussi commode pour l'exercice de la servitude. Art. 701, al. 3. Cette faculté est imprescriptible ; elle peut être invoquée par celui-là même qui y a renoncé, alors du moins que le propriétaire de l'héritage dominant n'a aucun intérêt appréciable à s'opposer à son exercice [13].

Le doute qui pourrait s'élever sur l'étendue des restrictions apportées par la servitude à la liberté de l'héritage servant, doit se résoudre en faveur de cette liberté [14]. C'est ainsi que la renonciation au droit d'élever des constructions sur un terrain, n'emporte pas en général renonciation au droit de se clore [15].

§ 255.

Des différentes manières dont les servitudes s'éteignent.

A. Toute servitude cesse, lorsqu'elle n'a plus aucun objet d'utilité pour l'héritage dominant [1], ou que l'exercice en devient maté-

[12] Arg. art. 701, al. 3. Demolombe, XII, 901. Montpellier, 23 juillet 1846, Sir., 47, 2, 405. Cpr. cep. Req. rej., 19 mai 1824, Sir., 35, 2, 461, à la note.

[13] La loi, en donnant au propriétaire de l'héritage servant la faculté de demander le déplacement de la servitude, l'a fait bien moins dans un intérêt purement privé, que dans l'intérêt général de la propriété. On doit, d'ailleurs, supposer que la renonciation à cette faculté a été demandée et consentie en vue de l'éventualité d'un intérêt quelconque pour l'héritage dominant. Demolombe, XII, 905. Zachariæ, § 254 *a*, note 3. Pau, 9 février 1835, Sir., 35, 2, 460.

[14] Toullier, III, 654. Zachariæ, § 254 *a*, texte et note 2.

[15] Req. rej., 9 août 1853, Sir., 54, 1, 253. Metz, 9 mars 1859, Sir., 60, 2, 410.

[1] Un changement qui n'enlèverait pas à la servitude toute espèce d'utilité, serait insuffisant pour la faire cesser. Ainsi, la servitude *altius non tollendi vel non ædificandi* ne cesse pas par cela seul qu'une voie publique, nouvellement établie, vient séparer le fonds dominant et le fonds servant. Demolombe, XII, 967. Paris, 11 novembre 1833, Sir., 37, 1, 980. Civ. cass., 7 mai 1851, Sir., 51, 1, 409. Dijon, 9 janvier 1852, Sir., 52, 2, 127. — Cpr. aussi : Dijon, 24 août 1843, Sir., 43, 2, 496; Req. rej., 27 février 1844, Sir., 44, 1, 658; Req. rej., 9 décembre 1857, Sir., 59, 2, 843.

C. Beausoleil

riellement et absolument impossible, à raison de changements survenus, soit à l'héritage dominant, soit à l'héritage servant[2]. Art. 703.

Il est indifférent que ces changements proviennent d'un événement de la nature, ou d'un fait licite de la part d'un tiers. Ainsi, par exemple, une servitude de puisage cesse, lorsque le puits qui en est grevé, vient à tarir, soit par des causes purement naturelles, soit par l'effet de fouilles qu'un tiers a pratiquées dans son fonds[3].

Mais si l'impossibilité d'exercer la servitude provenait de changements opérés, soit par le propriétaire de l'héritage dominant, soit par le propriétaire de l'héritage servant, soit enfin par un tiers agissant en dehors des limites de son droit, la servitude ne cesserait pas dans le sens de l'art. 703, et le sort en serait réglé par les art. 706 et 707[4].

La cessation de la servitude dans l'hypothèse prévue par l'art. 703, bien qu'étant de droit et non pas seulement de fait, n'est cependant pas définitive ; et la servitude revit du moment où les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user, sans qu'il soit nécessaire qu'elles se trouvent replacées dans des conditions absolument identiques. Art. 704. Lorsque l'obstacle est survenu dans le fonds servant, il suffit que les choses soient remises dans un état tel qu'on puisse de nouveau user de la servitude, et s'il s'est produit dans le fonds dominant, que le rétablissement de l'état de choses constitutif de la servitude n'entraîne pas d'aggravation dans son exercice[5].

[2] Cpr. Civ. rej., 11 décembre 1861, Sir., 62, 1, 513.

[3] Zachariæ, § 255, texte et note 1re. Voy. encore : Toullier, III, 684 ; Demolombe, XII, 965 et 966 ; Civ. cass., 18 mai 1838, Sir., 38, 1, 570.

[4] Pardessus, II, 294. Demolombe, XII, 971. Toutefois, ces auteurs font rentrer sous l'application de l'art. 703, l'hypothèse où l'exercice de la servitude est devenu impossible à raison de changements opérés par le propriétaire du fonds dominant. A notre avis, ce point de vue n'est pas exact. Le propriétaire du fonds dominant, restant le maître de faire disparaître, d'un moment à l'autre, l'obstacle qui s'oppose à l'exercice de la servitude, on ne saurait dire qu'il y a, dans ce cas, cessation du droit de servitude. Une considération analogue nous conduit à rejeter également l'opinion de Zachariæ (§ 255, note 2), qui soumet à l'application des art. 703 et 704, le cas où les changements ont été opérés par le propriétaire de l'héritage servant.

[5] Marcadé, *Revue critique*, 1852, II, p. 72. Demolombe, XII, 974. Req. rej., 21 mai 1851, Sir., 51, 1, 406. Bordeaux, 14 août 1855, Sir., 56, 2, 683. Civ. rej., 25 juin 1866, Sir., 66, 1, 348. Cpr. aussi sur l'art. 704 : Civ. cass., 11 février 1828, Sir., 29, 1, 164; Req. rej., 30 décembre 1839, Sir., 40, 1, 513.

La servitude ne s'éteint définitivement dans l'hypothèse dont il est ici question, que par la prescription de trente ans, qui commence, en général, à courir du jour même où s'est produite l'impossibilité d'exercer la servitude, peu importe qu'elle soit discontinue ou continue[6] et qu'il ait ou non dépendu du propriétaire de l'héritage dominant de rétablir les choses dans leur ancien état[7]. Toutefois, s'il était resté sur l'héritage servant des vestiges de la servitude, la quasi-possession de celle-ci se conserverait par ces vestiges, et la prescription ne commencerait à courir que du jour de leur destruction[8]. Du reste, la prescription dont il s'agit ici, est

[6] L'art. 704 se référant à l'art. 707, on pourrait, au premier abord, penser que, quand il s'agit de servitudes continues, la prescription ne commence à courir, même dans l'hypothèse dont il est ici question, que du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude ; et c'est aussi ce qu'a cherché à établir M. G. Demante (*Revue de Droit français et étranger*, 1850, VII, p. 577, note 1re). Mais cette induction ne nous paraît pas exacte, dans le cas du moins où il n'existe plus aucun vestige de la servitude. En effet, si, pour faire courir la prescription contre une servitude continue, la loi exige, dans les circonstances ordinaires, un acte contraire à la servitude, c'est parce que, les servitudes de ce genre s'exerçant par elles-mêmes, un acte contraire devient indispensable pour faire commencer le non-usage. Or, cette raison n'existe plus lorsque la servitude a cessé par l'impossibilité de l'exercer. Le renvoi que fait l'art. 704 à l'art. 707 pourrait, du reste, s'expliquer en ce sens que, si le non-usage avait commencé avant l'événement qui a rendu impossible l'exercice de la servitude, la prescription prendrait son cours, non pas seulement à dater de cet événement, mais à partir du non-usage, suivant la distinction établie par l'art. 707. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 364. Demante, *Cours*, II, 562 *bis*, V. Demolombe, XII, 980.

[7] Suivant une autre opinion, professée par plusieurs auteurs, la servitude revivrait, même après trente années, lorsqu'il n'a pas été au pouvoir du propriétaire de l'héritage dominant de faire cesser auparavant l'obstacle qui s'opposait à l'exercice de la servitude. Mais cette manière de voir doit être rejetée, parce que la loi ne distingue pas entre cette hypothèse et l'hypothèse contraire, et que, d'un autre côté, la maxime *Agere non valenti, non currit præscriptio*, n'est point ici applicable. Cpr. § 214, texte, lett. B, et note 33. Maleville, sur l'art. 704. Delvincourt, I, part. II, p. 427. Duranton, V, 655. Duvergier sur Toullier, III, 690, note *a*. Demante, *Cours*, II, 562 *bis*, III. G. Demante, *op. cit.*, p. 559 et suiv. Demolombe, XII, 979. Voy. en sens coutraire : Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XII, sect. VI, n° 1; Toullier, III, 690; Marcadé, sur les art. 703 et 704; Solon, n° 505; Taulier, II, p. 462.

[8] Cpr. § 179, texte n° 2, lett. *b*, notes 28 et 29. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué dans ces notes, l'opinion contraire ne paraît s'être introduite que par suite

régie par les règles ordinaires, notamment en ce qui concerne la suspension et l'interruption [9]. Ainsi, elle ne court, ni contre les mineurs, ni contre les interdits ; et, d'un autre côté, elle peut être interrompue civilement par une reconnaissance émanée du propriétaire du fonds servant, ou par une demande en déclaration de servitude.

L'art. 665 contient une application spéciale de la règle posée par l'art. 704.

B. Les servitudes s'éteignent :

1° Par la confusion, c'est-à-dire par la réunion, dans la même main, de l'héritage dominant et de l'héritage servant, quelle que soit d'ailleurs la cause qui ait amené cette réunion. Art. 705.

L'effet de la confusion est subordonné au maintien de l'acquisition par laquelle s'est opérée la réunion des deux héritages : si cette acquisition vient à être annulée, rescindée, ou résolue, la servitude est censée n'avoir jamais été éteinte [10]. Il en est de même, lorsque le propriétaire du fonds dominant se trouve, par l'effet

d'une portée exagérée attribuée à l'*usucapio libertatis*, dont il est question dans la loi 6, D. *de serv. præd. urb.* (8, 2), et dans la loi 18, § 2, D. *quemd. serv. amitt.* (8, 6). Les termes *libertatem usucapiat... videri usucepisse libertatem*, ne sont évidemment employés par ces lois que dans un sens figuré ; car la liberté d'un héritage, considérée d'une manière abstraite et distincte de cet héritage, ne saurait faire l'objet ni de possession ni de quasi-possession, et c'est l'héritage servant lui-même, placé dans un état matériel de liberté complète, qui forme l'objet de la possession. Or, on ne peut pas dire qu'il soit affranchi de tout lien de servitude, aussi longtemps qu'il en conserve des vestiges, maintenus et respectés par le propriétaire de cet héritage. Cpr. Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, § 40 ; Machelard, *Revue critique*, 1867, XXX, p. 369, n° 37. Ajoutons que, parmi les auteurs mêmes qui refusent à l'existence de vestiges, l'efficacité de conserver la servitude, il en est qui admettent cependant qu'elle peut l'être au moyen d'une interruption civile. Or, nous ne comprendrions pas la nécessité d'une interpellation judiciaire, en présence de vestiges dont le maintien forme une reconnaissance permanente de la servitude.

9 On a voulu soutenir que l'art. 704 établit, bien moins une véritable prescription, qu'un délai préfix, qui n'admet ni suspension, ni interruption. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 368. Mais cette opinion, qui ne peut se concilier avec les art. 665 et 708 à 710, a été généralement rejetée. Pardessus, II, 296. Duvergier sur Toullier, III, 697, note *a*. Demante, *Cours*, II, 562 *bis*. G. Demante, *op. cit.*, p. 577 et suiv. Demolombe, XII, 979.

10 Duranton, V, 666. Pardessus, II, 300. Solon, n° 494. Demolombe, XII, 984.

d'une action en revendication ou d'une action hypothécaire, évincé du fonds servant dont il s'était rendu acquéreur. Art. 2177 et arg. de cet article.

Au contraire, l'aliénation volontaire de l'un des héritages, dominant ou servant, momentanément réunis dans la même main, ne fait point par elle-même cesser l'effet de la confusion, de telle sorte que la servitude ne peut, en général, renaître qu'en vertu d'une stipulation ou d'une réserve expresse [11]. Il en est cependant autrement, lorsqu'il s'agit d'une servitude apparente [12]. D'un autre côté, l'effet de la confusion, qui s'était opérée par suite de succession, cesse, mais entre les parties seulement, et non à l'égard des tiers, lorsque l'héritier vient à céder ses droits successifs [13].

2° Par le non-usage pendant trente ans. Art. 706.

Les trente années courent, pour les servitudes discontinues, par le seul fait de la cessation de leur exercice, à partir du dernier acte d'usage. Art. 707. Toutefois, lorsqu'il s'agit de servitudes dont l'exercice ne peut ou ne doit avoir lieu qu'à des intervalles périodiques plus ou moins éloignés, le délai de trente ans ne commence à courir que du jour où le propriétaire de l'héritage dominant, étant en droit ou ayant intérêt d'exercer la servitude, a négligé de le faire [14].

Les trente années ne courent, au contraire, pour les servitudes continues, que du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, c'est-à-dire, si la servitude est affirmative, du jour où il a été exécuté un travail formant un obstacle permanent à son exercice [15], et si la servitude est négative, du jour où il a été fait un

[11] En effet, la confusion, en pareil cas, n'est pas anéantie pour le passé. Demolombe, XII, 985.

[12] Art. 694. Cpr. sur l'explication de cet article : § 252, texte et note 9.

[13] Cpr. § 359 *ter*, texte n° 5, notes 8 et 9. Aux autorités citées dans ces notes ajoutez encore dans le sens de la proposition énoncée au texte : Merlin, *Rép.*, v° Servitude, § 32; Toullier, III, 669; Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 2095; Demolombe, XII, 986. Voy. en sens contraire : Solon, n° 497. D'après cet auteur, la servitude ne revivrait pas même entre les parties. Mais, en émettant cet avis, il n'a pas tenu compte des effets d'une vente de droits successifs, laquelle comprend tout ce qui provient de la succession, et ne comprend rien au delà.

[14] Voy. les autorités citées à la note 31 du § 179. Cpr. aussi : Caen, 5 décembre 1827, Sir., 30, 2, 206.

[15] Metz, 6 juin 1866, Sir., 67, 2, 147.

acte matériel apparent et permanent en contravention à l'obligation de ne pas faire qui découle de la servitude[16]. Art. 707. Il importe peu, du reste, que l'acte contraire ait été accompli par le propriétaire de l'héritage servant, ou qu'il l'ait été, soit par un tiers agissant en dehors de son droit, soit par le propriétaire de l'héritage dominant[17].

Une simple protestation, même faite de la manière la plus formelle et signifiée par acte extrajudiciaire, serait insuffisante pour faire courir le délai de la prescription[18].

L'écoulement du laps de trente ans a pour effet d'éteindre la servitude *ipso facto;* et la circonstance qu'elle aurait été exercée après l'accomplissement de la prescription, serait en général inefficace pour la faire renaître[19]. Il en est cependant autrement lorsqu'il résulte des faits de la cause qu'en tolérant l'exercice de la servitude après son extinction par le non-usage, le propriétaire de l'héritage servant a entendu renoncer au bénéfice de la prescription[20].

[16] Suivant M. Dupret (*Revue de Droit français et étranger,* 1846, III, p. 828 et 829), une servitude de prise d'eau, s'exerçant au moyen d'une vanne, s'éteindrait par trente ans, à partir du jour où on aurait cessé de lever la vanne. A notre avis, cette opinion doit être rejetée : elle ne tend à rien moins qu'à transformer une servitude continue en une servitude discontinue, et se trouve repoussée par l'art. 707. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 367. Demolombe, XII, 1010.

[17] Delvincourt, I, part. II, p. 424. Toullier, III, 692. Duranton, V, 685. Demante, *Cours,* II, 566. Daviel, *Des cours d'eau,* III, 786. Bélime, *Des actions possessoires,* n° 158. Demolombe, XII, 1009. Zachariæ § 255, texte et note 7. Voy. en sens contraire : Pardessus, II, 308. D'après cet auteur, qui se fonde sur la loi 6, D. *de serv. præd. urb.* (8, 2), un acte contraire, émané du propriétaire du fonds dominant, serait insuffisant pour faire courir la prescription. Mais il n'a pas remarqué qu'à la différence du Droit romain, où l'extinction de certaines servitudes ne résultait que d'une sorte d'usucapion, toutes les servitudes s'éteignent chez nous par le non-usage, c'est-à-dire par l'effet d'une prescription purement extinctive, à la seule différence près, entre les servitudes discontinues et les continues, que la prescription ne court, pour ces dernières, qu'à partir d'un acte contraire.

[18] Pardessus, II, 308. Demolombe, XII, 1006.

[19] Art. 2261. Pardessus, II, 286. Demolombe, XII, 795 et 1019. Civ. cass., 7 juillet 1856, Sir., 57, 1, 775. Req. rej., 23 juillet 1860, Sir., 61, 1, 526.

[20] Demolombe, XII, *locc. citt.* Orléans, 31 décembre 1835, Sir., 36, 2, 5. Voy. cep. Pardessus, *loc. cit.*

Les règles exposées aux §§ 214 et 215 sur la supension et l'interruption de la prescription, s'appliquent également à l'extinction des servitudes par le non-usage.

En matière de servitudes discontinues, un seul acte d'exercice de la servitude suffit pour interrompre la prescription ; et de pareils actes sont toujours susceptibles d'être prouvés par témoins.

Lorsque, après l'écoulement de trente années depuis la date du titre constitutif de la servitude, le propriétaire du fonds servant en oppose la prescription, c'est en général au propriétaire du fonds dominant à établir que la servitude a été exercée depuis moins de trente ans[21]. Que si, cette preuve une fois faite, le propriétaire de l'héritage servant prétendait qu'il s'était écoulé plus de trente années de non-usage depuis la date du titre constitutif de la servitude jusqu'au moment où elle a été de nouveau exercée, ce serait à lui à prouver ce fait de non-usage, pour écarter l'application de la présomption *Probatis extremis præsumitur medium.* Art. 2234.

Les dispositions spéciales des art. 709 et 710 ayant déjà été expliquées au § 247, nous nous bornerons à y renvoyer. Nous ajouterons seulement que, si l'héritage servant venait à être divisé en différents lots, le non-usage de la servitude sur quelques-uns d'entre eux, les en affranchirait au bout de trente ans, sans qu'il fût même nécessaire que la division de l'héritage servant eût été porté à la connaissance du propriétaire du fonds dominant[22].

La prescription de dix à vingt ans, établie par l'art. 2265, est complétement étrangère à l'extinction aussi bien qu'à l'acquisition des servitudes réelles. Ainsi, celui qui a acquis par juste titre et de bonne foi, c'est-à-dire comme franc de toute charge, un immeuble grevé en réalité d'une servitude, ne recouvre pas la franchise de cet immeuble par le fait du non-usage de la servitude pendant dix à vingt ans seulement[23].

[21] Merlin, *Quest.*, v° Usage, § 9, n° 3. Proudhon et Curasson, *Des droits d'usage,* II, 603 et suiv. Pardessus, II, 308. Bonnier, *Des preuves*, n°s 36 et 37. Taulier, II, p. 465. Demolombe, XII, 1015. Limoges, 19 janvier 1831, Sir., 31, 2, 233. Civ. cass., 21 mars 1832, Sir., 32, 1, 477. Civ. cass., 6 février 1833 et 3 avril 1833, Sir., 33, 1, 161 et 579. Req. rej., 11 juin 1834, Sir., 34, 1, 613. Civ. cass., 26 janvier 1835, Sir., 35, 1, 92. Req. rej., 15 février 1842, Sir., 42, 1, 344.

[22] Dupret, *Revue de Droit français et étranger*, 1846, III, p. 830. Bélime, *Des actions possessoires*, n° 173. Demolombe, XII, 907 à 910.

[23] Ces propositions se justifient par la combinaison des art. 2264 et 706. Si,

L'usage incomplet ou restreint d'une servitude, pendant le délai de trente ans à partir des époques ci-dessus indiquées, en entraîne l'extinction partielle, ou plutôt la réduction aux limites dans lesquelles elle a été exercée. Art. 708.

L'application de cette règle ne peut donner lieu à difficulté en ce qui concerne les servitudes continues, soit négatives, soit affirmatives. S'il s'agit d'une servitude négative, par exemple de la prohibition de bâtir, et que le propriétaire de l'héritage dominant ait laissé subsister pendant trente années des constructions élevées

en matière d'usufruit, nous n'accordons pas la même valeur au rapprochement des art. 2264 et 617, cela tient à une double raison. L'usufruit immobilier étant susceptible de s'acquérir par la prescription de dix à vingt ans, il semble naturel qu'il puisse aussi s'éteindre indirectement, dans le même laps de temps, par l'effet d'une prescription acquisitive contraire. D'un autre côté, celui qui possède comme franc un immeuble grevé d'usufruit, exerce de fait la jouissance appartenant à l'usufruitier, et se trouve ainsi en position d'éteindre le droit de ce dernier, en l'acquérant pour son propre compte. Cpr. § 234, texte et note 49. Or, aucune de ces raisons ne trouve place en matière de servitudes réelles : d'une part, en effet, ces servitudes ne peuvent s'acquérir que par la possession de trente ans ; et, d'autre part, le propriétaire de l'héritage servant, en jouissant de la liberté de cet héritage, n'exerce pas le droit du propriétaire du fonds dominant, et ne saurait ainsi, à défaut de la possession de ce droit, arriver à l'affranchissement de son immeuble, qu'à la faveur d'une prescription purement extinctive. Nous ajouterons que, l'usufruitier ayant un intérêt de tous les instants à exercer sa jouissance, on comprend que l'abréviation du délai ordinaire de la prescription soit admise contre lui, en faveur d'un tiers acquéreur de bonne foi ; mais il en est autrement en fait de servitudes réelles, puisque le propriétaire de l'héritage auquel une servitude est due, peut, par suite de circonstances diverses, n'avoir pas d'intérêt à l'exercer pendant un temps plus ou moins long. Toullier, III, 688. Pardessus, II, 306, n° 2. Favard, *Rép.*, v° Servitudes, sect. III, § 5. Solon, n° 510. Demolombe, XII, 1004. Zachariæ, § 255, note 4. (Cet auteur professe cependant une doctrine contraire au § 215 *d*). Paris, 25 août 1834, Sir., 35, 2, 134. Orléans, 31 décembre 1835, Sir., 36, 2, 5. Req. rej., 20 décembre 1836, Sir., 37, 1, 145. Limoges, 14 février 1837, Sir., 37, 1, 507, à la note. Req. rej., 28 mars 1837, Sir., 37, 1, 506. Req. rej., 16 avril 1838, Sir., 38, 1, 756. Bordeaux, 29 mai 1838, Sir., 38, 2, 342. Req. rej., 18 novembre 1845, Sir., 46, 1, 74. Req. rej., 14 novembre 1853, Sir., 54, 1, 105. Agen, 23 novembre 1857, Sir., 57, 2, 769. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, part. II, p. 423 ; Duranton, V, 691 ; Duvergier sur Toullier, III, 689, note *a* ; Vazeille, *Des prescriptions*, I, 419, et II, 523 ; Troplong, *De la prescription*, II, 853 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 368 ; Taulier, II, p. 466 ; Demante, *Cours*, II, 565 *bis* ; Bressoles, *Revue de Droit français et étranger*, 1848, V, p. 748 et suiv.

sur une partie du fonds servant, il aura pour autant perdu son droit. Que si la servitude est affirmative, et que le propriétaire de l'héritage dominant n'ait pas établi les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude dans toute son étendue, il aura perdu, au bout de trente ans, la portion de son droit qu'il n'a pas exercée. Il en est ainsi, par exemple, dans le cas où celui qui, d'après le titre constitutif de la servitude, se trouvait autorisé à ouvrir quatre fenêtres d'une dimension donnée, n'en a ouvert que deux, ou en a pratiqué quatre d'une dimension moindre. Il en serait de même si le propriétaire de l'héritage dominant, après avoir établi les choses dans l'état voulu pour l'exercice complet de la servitude, avait réduit ou partiellement supprimé les ouvrages faits dans ce but[24].

Quant aux servitudes discontinues, l'usage n'en doit pas nécessairement être considéré comme incomplet ou restreint, par cela seul que le propriétaire de l'héritage dominant n'aurait pas fait tous les actes que comportait la servitude. Lorsqu'il a usé de la servitude, conformément à son titre, dans la mesure de ses besoins et de ses convenances, il peut être considéré comme l'ayant intégralement conservée, bien qu'il n'ait pas fait tout ce qu'il était autorisé à faire. Ainsi, celui auquel son titre confère un droit de passage à pied, à cheval, ou en voiture, conserve son droit tout entier, lorsque, n'ayant pas d'équipage ou d'exploitation rurale, il s'est borné pendant trente ans à exercer le passage à pied[25]. Il en

[24] Pardessus, II, 308. Duvergier sur Toullier, II, 702, note *a*. Duranton, V, 606. Dupret, *op. cit.*, p. 827. Demolombe, XII, 1028.

[25] Dans l'hypothèse indiquée au texte, la servitude de passage est une, et ne se décompose pas en autant de servitudes distinctes qu'il y a de modes d'exercer le passage. Il en résulte que la servitude est intégralement conservée, de quelque manière que le passage ait été exercé, alors du moins qu'il l'a été conformément au titre, et n'a trouvé de limites que dans la volonté, les besoins, ou les convenances du propriétaire de l'héritage dominant. Toullier, III, 703. Taulier, II, p. 468 et 469. Dupret, *op. cit.*, p. 823 et suiv. Demolombe, XII, 1029. Cpr. Civ. rej., 5 juin 1860, Sir., 60, 1, 497. Voy. cep. Duranton, V, 606; Pardessus, II, 305; Marcadé, sur l'art. 708, n° 1; Demante, *Cours*, II, 507. Ces auteurs, sans admettre la distinction indiquée au texte, enseignent que le propriétaire du fonds dominant qui, par des motifs quelconques, n'a pas usé de la servitude par tous les modes qu'elle comportait, se trouve, au bout de trente ans, partiellement déchu de son droit. Mais cette opinion, trop absolue, conduirait à des conséquences inadmissibles, ainsi que l'a fort bien démontré M. Dupret.

est de même de celui qui, ayant, d'après son titre, le droit de faire pacager ses bestiaux sur le fonds d'autrui depuis le mois de septembre jusqu'au mois de mai, s'est contenté, durant trente ans, d'exercer le pâturage au printemps, sans en user en automne[26].

Au contraire, lorsque l'exercice partiel de la servitude a été le résultat, soit d'un changement dans l'état matériel des lieux, qui en rendait impossible l'usage complet, soit d'une opposition de la part du propriétaire de l'héritage servant, la servitude se trouve réduite aux limites restreintes dans lesquelles elle a été exercée depuis trente ans. C'est ce qui aurait lieu pour la servitude de passage à pied, à cheval, ou en voiture, dans le cas où le passage n'aurait, pendant trente années, été exercé qu'à pied, par suite du rétrécissement de la voie qui y était affectée, ou de l'opposition du propriétaire du fonds servant, à tout passage à cheval ou en voiture.

L'exercice d'une servitude discontinue par un endroit différent de celui qui avait été assigné à cet effet, fait perdre, au bout de trente ans, le bénéfice de l'assignation primitive, mais n'entraîne pas l'extinction de la servitude elle-même, à moins que l'assignation ne dût être considérée comme limitative, et comme inhérente à la constitution de la servitude[27]. Hors de cette hypothèse, le propriétaire de l'héritage servant est tenu de souffrir l'exercice de la servitude par l'endroit où elle a été exercée, si mieux il n'aime faire revenir le propriétaire de l'héritage dominant à l'assignation primitive[28].

C. Indépendamment des modes d'extinction indiqués aux art. 703 et suivants, les servitudes s'éteignent encore, d'après les principes du Droit commun :

1° Par l'expiration du temps pour lequel la servitude a été établie[29];

26 Riom, 6 février 1855, Sir., 55, 2, 712.

27 En l'absence d'une assignation véritablement limitative, on ne peut pas dire que la servitude, quoique exercée par un endroit différent de celui qui avait été indiqué, soit une autre servitude que celle qui a été constituée, ni par conséquent qu'elle ait été éteinte par le non-usage. Dupret, *op. cit.*, p. 835 et 836. Demolombe, XII, 1031. Caen, 27 août 1842, Sir., 43, 2, 101. Caen, 16 décembre 1848, Sir., 49, 2, 664. Req. rej., 6 décembre 1864, Sir., 65, 1, 79. Cpr. Lyon, 4 mai 1865, Sir., 65, 2, 288; Caen, 24 juillet 1865, Sir., 66, 2, 191. Voy. en sens contraire : Duranton, V, 607; Pardessus, II, n° 304, p. 154 et 155; Bélime, *Des actions possessoires*, n° 171; Marcadé, *loc. cit.* Ces auteurs se prononcent d'une manière absolue, et sans faire la distinction indiquée au texte, pour l'extinction de la servitude.

28 Cpr. Dupret et Demolombe, *locc. citt.*

29 Cpr. § 247, texte et note 17.

2° Par la résolution du titre constitutif de la servitude;

3° Par la révocation *ex tunc* des droits du constituant;

4° Par la renonciation du propriétaire de l'héritage dominant.

La renonciation, en matière de servitudes réelles, est régie par des règles analogues à celles qui ont été exposées à l'occasion de l'extinction de l'usufruit.

Ainsi, la renonciation à un droit de servitude peut avoir lieu expressément ou tacitement. Toutefois, elle ne pourrait s'induire de ce fait seul, que le propriétaire de l'héritage dominant aurait laissé établir sans protestation des ouvrages formant obstacle à l'exercice de la servitude [30].

Ainsi encore, la renonciation n'a pas besoin d'être acceptée pour produire son effet entre les parties [31]. Mais aussi ne devient-elle efficace, à l'égard des tiers qui ont acquis et dûment conservé des droits sur l'héritage dominant, que par la transcription de l'acte qui la renferme, ou du jugement qui la constate, et à partir seulement de l'accomplissement de cette formalité. Loi du 23 mars 1855, art. 2, nos 2 et 3.

D. Enfin les servitudes s'éteignent par l'expropriation pour cause d'utilité publique de l'héritage servant, sauf l'indemnité préalable à laquelle a droit le propriétaire de l'héritage dominant. Loi du 3 mai 1841, art. 21, 23 et 39.

La cession amiable de l'héritage servant, consentie par le propriétaire de cet héritage avant tout jugement d'expropriation, n'entraîne pas l'extinction de la servitude, qui, à défaut de consentement du propriétaire de l'héritage dominant, doit faire l'objet d'une expropriation régulière [32].

Du reste, les tribunaux ne pourraient pas, soit par application de l'art. 618, soit à titre de dommages-intérêts, prononcer l'extinction d'un droit de servitude pour cause d'abus dans son exercice [33]. Il leur appartiendrait seulement d'accorder des dommages-intérêts au propriétaire de l'héritage servant, et de prescrire les mesures nécessaires pour prévenir tout abus ultérieur.

30 Arg. art. 707. Pardessus, II, n° 313, p. 195. Duvergier sur Toullier, III, 674, note 5. Demolombe, XII, 1043. Voy. cep. Toullier, III, 674.

31 Cpr. § 234, texte, lett. C, et note 45.

32 Demolombe, XII, 1056. Déc. en Cons. d'État, 19 janvier 1850, Sir, 50, 2, 302.

33 Demolombe, XII, 1059. Voy. en sens contraire: Pardessus, II, 320; Zachariæ, § 255, texte *in fine*, et note 10.

TITRE TROISIÈME.

DES HYPOTHÈQUES, DES PRIVILÉGES SUR LES IMMEUBLES, ET ACCESSOIREMENT DES PRIVILÉGES SUR LES MEUBLES.

SOURCES. Code Napoléon, art. 2092-2203. Loi du 23 mars 1855, sur la transcription. Loi du 21 mai 1858, contenant des modifications au Code de procédure. — BIBLIOGRAPHIE. 1° Droit ancien. *Traité des hypothèques*, par Basnage; Rouen 1724, in-4°. *Traité des hypothèques*, par Pothier. — 2° Droit intermédiaire. *Code hypothécaire, ou instructions et formules sur l'exécution de la loi du* 11 *brumaire an VII*, par Guichard; Paris an II, in-12. *Répertoire et Questions* de Merlin, v^is^ Hypothèque, Inscription hypothécaire, Privilége, Tiers détenteur, et Transcription. — 3° Droit nouveau. *Questions sur les priviléges et les hypothèques*, par Persil; Paris 1820, 2 vol. in-8°. *Régime hypothécaire*, par Persil; 4e édit., Paris 1833, 2 vol. in-8°. *Traité des priviléges et des hypothèques*, par Battur; 2e édit., Paris 1823, 4 vol. in-8°. *Traité des hypothèques*, par Grenier; 3e édit., Clermont-Ferrand 1829, 2 vol. in-8°. *Documents relatifs au régime hypothécaire publiés par ordre du gouvernement;* Paris 1844, 3 vol. in-8°. *Traité des priviléges et des hypothèques*, par Valette. La première livraison de cet ouvrage, qui malheureusement n'a pas été continué, a paru à Paris en 1846. *Commentaire du titre des priviléges et des hypothèques*, par Troplong; 5e édit., Paris 1854, 4 vol. in-8°. *Examen critique et pratique du commentaire de M. Troplong sur les priviléges et hypothèques,* par Mourlon; Paris 1855, 1 vol. in-8°. *Des priviléges et des hypothèques,* par Martou; Bruxelles et Paris 1855, 4 vol. in-8°. *Commentaire-traité des priviléges et des hypothèques*, par Pont; Paris 1859, 1 vol. in-8°. *Explication théorique et pratique de la loi du* 21 *mai* 1858, par Seligman, annotée par Pont; Paris 1860, 1 vol. in-8°. *Commentaire de la loi du* 21 *mai* 1858, par Olivier et Mourlon; Paris 1860, 1 vol. in-8°.

INTRODUCTION.

§ 256.

Des causes de préférence, et de certaines sûretés spéciales sur les biens du débiteur, que la loi ne range pas au nombre de ces causes.

Tout engagement personnel emporte, pour le créancier, le droit de poursuivre le paiement de ce qui lui est dû sur les biens, mobiliers et immobiliers, présents et à venir, du débiteur. Art. 2092.

Ces biens forment le gage de tous les créanciers du débiteur ; et le prix doit s'en répartir entre eux par contribution, sans égard à la date respective de leurs titres, à moins qu'il n'existe au profit de l'un ou de l'autre des causes légitimes de préférence. Art. 2093. L'étendue et les effets de ce droit de gage général, et commun à tous les créanciers, seront expliqués aux §§ 580 à 582.

Les causes légitimes de préférence sont les priviléges et les hypothèques. Art. 2094.

Ces causes de préférence peuvent se ranger en trois catégories. Les unes sont purement personnelles, en ce sens qu'elles n'ont d'effet qu'à l'égard du débiteur lui-même et de ses créanciers chirographaires. D'autres, au contraire, présentent un caractère complet de réalité, en ce qu'elles peuvent être exercées par voie de suite contre tout tiers détenteur. D'autres enfin sont d'une nature mixte.

Dans la catégorie des causes de préférence purement personnelles, on doit ranger les priviléges généraux de l'art. 2101, en tant qu'ils s'exercent sur des meubles, ainsi que les priviléges spéciaux sur certains meubles, à l'exception cependant de ceux qui se rattachent à un nantissement exprès ou tacite. Ces priviléges sont bien susceptibles d'être exercés, au préjudice des créanciers chirographaires, sur le prix de la vente, volontaire ou forcée, des objets qui y sont soumis, tant que ce prix, encore dû au débiteur, n'a pas été distribué ; mais ils ne peuvent être opposés, ni à l'acheteur de bonne foi qui a payé son prix [1], et ce, dans le cas même où

[1] Voy. cep. Code de commerce, art. 193 et 196 ; § 263 *bis*, texte II, 1°, lett. *a*.

il n'aurait pas encore été mis en possession, ni aux cessionnaires saisis de ce prix, ni, à plus forte raison, aux tiers possesseurs [2].

Dans la seconde catégorie se rangent : les priviléges généraux de l'art. 2101, en tant qu'ils s'exercent sur des immeubles ; les priviléges spéciaux sur les immeubles ; et les hypothèques.

Enfin, la troisième catégorie comprend les priviléges spéciaux sur les meubles, qui se rattachent à un nantissement exprès ou tacite. Ces priviléges, quoique ne pouvant être exercés par voie de suite contre des tiers détenteurs [3], présentent cependant un certain caractère de réalité, en ce qu'ils sont succeptibles d'être invoqués contre un tiers acquéreur non encore mis en possession.

Nous ne devrions nous occuper ici que des priviléges sur les immeubles et des hypothèques, qui constituent seuls de vrais et complets droits réels ; mais le désir de présenter dans son ensemble la théorie des droits de préférence, nous a déterminés à traiter en même temps des priviléges sur les meubles.

A côté des priviléges et des hypothèques, auxquels la loi attribue exclusivement la qualification de droits de préférence, il existe encore d'autres sûretés spéciales. Elles résultent, soit de l'antichrèse et du droit spécial de rétention qui s'y trouve attaché [4], soit du droit de rétention en général, dont il sera traité au paragraphe suivant.

[2] C'est ainsi que l'on doit, dans notre Droit actuel, entendre la règle que *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*. En reproduisant dans l'art. 2119 cette règle sur le sens de laquelle nos anciens auteurs ne fournissent pas d'explications complétement satisfaisantes, les rédacteurs du Code ont voulu, à notre avis, exprimer l'idée que les meubles ne peuvent être l'objet d'aucune affectation réelle, susceptible d'engendrer un droit de suite. Nous ajouterons que si cette règle se rattache à la maxime *En fait de meubles, possession vaut titre*, on aurait tort de la considérer, même en ce qui concerne les meubles corporels, comme un simple corollaire de cette maxime, dont elle forme en réalité le complément. Elle s'applique d'ailleurs aux meubles incorporels, qui ne sont pas régis par la maxime précitée, aussi bien qu'aux meubles corporels. Cpr. Valette, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 365, et *Des priviléges et des hypothèques*, n° 129 ; Pont, n° 414 ; Zachariæ, § 256, note 6.

[3] Voy. cependant, sur le droit de suite exceptionnellement attaché au privilége du locateur : art. 2102, n° 1 ; § 261, texte n° 1, notes 37 à 42.

[4] Voy. sur la nature du droit d'antichrèse : § 438, texte *in fine*.

§ 256 *bis*.

Du droit de rétention[1].

On entend, en général, par droit de rétention, le droit en vertu duquel le détenteur d'une chose est autorisé à la retenir jusqu'au paiement d'une créance qui lui est due par le propriétaire de cette chose.

Le droit de rétention est attaché, de plein droit, au nantissement mobilier et immobilier, comme moyen de garantir le paiement de la créance pour sûreté de laquelle il a été établi. Art. 2082, al. 1er, et 2087. En matière de nantissement mobilier, ce droit peut même être exercé pour la garantie d'une dette contractée postérieurement à la mise en gage, lorsque cette dette est devenue exigible avant le paiement de celle pour laquelle le gage a été constitué. Art. 2082, al. 2.

Les règles relatives au droit de rétention attaché au nantissement mobilier ou immobilier, seront expliquées aux §§ 434 et 438.

En dehors du nantissement, il est des cas où le droit de rétention existe par le seul fait de la détention d'une chose, et comme garantie d'une créance connexe à cette chose.

C'est ainsi que la loi accorde expressément le droit de rétention dans les hypothèses prévues par les art. 867, 1612, 1613, 1673, 1749 et 1948[2].

Il s'est élevé de graves controverses sur le point de savoir si ce

[1] Cpr. sur cette matière : *Du droit de rétention*, par Rauter, *Revue de législation*, 1839, X, p. 430, *Revue étrangère*, 1841, VIII, p. 759, *Revue de Droit français et étranger*, 1844, I, p. 565. *Du droit de rétention*, par Troplong, dans son *Commentaire des priviléges et des hypothèques*, I, 254 à 264. *Du droit de rétention*, par de Fréminville, dans son *Traité de la minorité et de la tutelle*, II, 729. Mourlon, *Examen critique*, nos 212 à 232. *Zur Lehre vom Retentionsrechte*, von Groskopff; Oldenbourg, 1858, broch. in-8°. *Du droit de rétention*, par Cabrye ; Paris 1860, broch. in-8°. *Du droit de rétention*, par Glasson; Strasbourg 1862, broch. in-8°.

[2] Cpr. aussi : Ordonnance du 23 décembre 1672, chap. XVII, art. 13 à 15, et Req rej., 7 mai 1848, Sir., 48, 1, 556 ; Loi des 7 juin-6 août 1791, art. 21; Code de commerce, art. 306 et 577. — C'est à tort que M. Cabrye (n° 68, p. 111) prétend que l'art. 306 du Code de commerce refuse au capitaine le droit de rétention sur les marchandises embarquées dans son navire, pour garantir le paiement du fret. En réalité, cet article ne fait que régler l'exercice du droit de rétention, qu'il admet implicitement.

droit ne doit être admis que dans les hypothèses où il est formellement reconnu par la loi[3], ou si, au contraire, il peut être étendu à tous les cas où le détenteur se trouve être créancier, à raison d'impenses nécessaires ou utiles faites sur la chose même dont la restitution lui est demandée, et où existe, par conséquent, ce que l'on appelle en doctrine un *debitum cum re junctum*[4].

Les opinions qui se sont prononcées en principe pour l'un ou l'autre de ces systèmes, nous paraissent trop absolues. Le droit de rétention ne doit pas être restreint aux seules hypothèses prévues par les articles précités ; mais aussi ne saurait-il être admis par cela seul qu'il existe un *debitum cum re junctum*, dans le sens ci-dessus indiqué. A notre avis, il suffit, pour justifier l'extension par analogie du droit de rétention, comme aussi, d'un autre côté, il est nécessaire pour l'autoriser, que la détention se rattache à une convention ou, tout au moins, à un quasi-contrat, et que la dette, connexe à la chose détenue, ait pris naissance à l'occasion de cette convention ou de ce quasi-contrat[5]. Le principe de solution ainsi posé conduit aux applications suivantes :

Le commodataire jouit, à l'instar du dépositaire, du droit de rétention, jusqu'au paiement de ce qui peut lui être dû en vertu des art. 1890 et 1891[6].

[3] Voy. dans ce sens : Merlin, n° 231; Cabrye, n°s 67 et suiv.

[4] Voy. dans ce sens: Tarrible, *Rép.*, v° Privilége de créance, sect. IV, § 5, n° 2; Toullier, III, 130; Duranton, IV, 382; Proudhon, *Du domaine privé*, II, 569; Battur, *Des priviléges et des hypothèques*, n°s 80 et suiv.; Rauter, *Revue étrangère*, VIII, p. 769 et suiv.; Troplong, *Des priviléges et des hypothèques*, I, 258 et suiv.; De Fréminville, *op. et loc. citt.*; Demolombe, IX, 682; Zachariæ, § 184, texte et note 4; Glasson, p. 58 et suiv.

[5] Lorsque les conditions indiquées au texte se trouvent réunies, la position respective des parties présente une analogie parfaite avec la situation qui se rencontre dans les hypothèses où le droit de rétention est formellement admis par la loi; et l'extension de ce droit se justifie alors par le principe que les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Art. 1134, al. 3. Il suit, en effet, de ce principe que celui qui réclame l'exécution d'une convention, ne peut le faire qu'à la condition de remplir, de son côté, les obligations qu'il a contractées, ou qui sont nées à l'occasion de cette convention. Mais, en dehors des conditions indiquées au texte, et en l'absence de tout rapport conventionnel ou quasi-contractuel entre les parties, l'analogie disparaît, et l'induction qu'on voudrait tirer des dispositions légales qui reconnaissent le droit de rétention, n'aurait plus de base légitime.

[6] L. 15, § 2, et L. 59, D. *de furtis* (47, 2). Pothier, *Du prêt à usage*,

Le mandataire, et même le *negotiorum gestor* qui a utilement géré l'affaire d'autrui, jouissent d'un droit de rétention sur les choses qu'ils détiennent, pour le recouvrement des avances ou déboursés qu'ils ont faits à l'occasion de ces choses[7]. C'est ainsi que l'agent de change ou le banquier, qui a acheté des titres pour son client, est autorisé à les retenir jusqu'au paiement de ce qui lui est dû pour cet achat[8], et que l'avoué peut retenir les pièces de la procédure, ainsi que les titres pour l'obtention ou la régularisation desquels il a fait des avances, jusqu'au paiement des frais ou déboursés qui lui sont dus[9]. Mais le mandataire ne jouirait pas d'un droit de rétention pour le paiement des salaires ou honoraires qu'il aurait à réclamer[10].

Le fabricant ou l'ouvrier, auquel ont été confiées, soit des matières premières à façonner, soit des choses à réparer, a de même

n° 43. Delvincourt, III, p. 410. Toullier et Duvergier, VII, 384; Valette, *Des priviléges et des hypothèques*, n° 6; Troplong, *Du prêt*, n° 127, et *Du nantissement*, n° 449; Glasson, p. 152 et suiv. Voy. en sens contraire: Duranton, XVII, 538: Mourlon, n° 231, p. 736; Cabrye, n° 68; Zachariæ, § 392, texte et note 6.

7 Pothier, *Du mandat*, n° 59. Troplong, *Du mandat*, n°s 699 et suiv. Duranton, XVIII, 264. Valette, *op. et loc. citt.* Delamarre et Lepoitvin, *Droit commercial*, III, 225 et suiv. Glasson, p. 150 à 152. Bordeaux, 18 août 1864, Sir., 65, 2, 46. Civ. rej., 17 janvier 1866, Sir., 66, 1, 92. Cpr. Bordeaux, 14 janvier 1830, Sir., 30, 2, 105. Cet arrêt n'est pas contraire à notre manière de voir, puisque le tuteur de fait, qui eût eu sans doute, en qualité de gérant d'affaires, le droit de retenir les objets particuliers pour la conservation ou l'amélioration desquels il aurait pu justifier avoir fait des déboursés, prétendait à tort exercer un droit de rétention général sur tous les biens du pupille, pour le recouvrement du reliquat actif de son compte d'administration. Voy. en sens contraire: Domenget, *Du mandat et de la commission*, n°s 305 et suiv. Cpr. Cabrye, n°s 120 et 121. Cet auteur accorde le droit de rétention au mandataire, mais le refuse au gérant d'affaires.

8 Voy. quant au droit de rétention dont jouit l'agent de change, sur les valeurs remises à titre de couverture: Paris, 28 février 1857, Sir., 57, 2, 387; Rennes, 14 août 1859, Sir., 60, 2, 36.

9 Mais l'avoué n'a pas le droit de retenir les titres qui lui ont été confiés pour soutenir les droits de son client, lorsque d'ailleurs, il n'a fait aucune avance pour la régularisation de ces titres. Paris, 25 août 1849, Sir., 49, 2, 491. Rouen, 12 décembre 1851, Sir., 53, 2, 299. Cpr. Rennes, 15 juin 1860, Sir., 62, 2, 542.

10 Bordeaux, 7 février 1866, Sir., 66, 2, 184.

un droit de rétention sur les objets façonnés ou réparés, jusqu'au paiement de ses salaires[11].

Enfin, le mari jouit d'un droit de rétention sur les immeubles dotaux, mais seulement pour les impenses nécessaires, et non pour les impenses utiles[12].

Au contraire, le droit de rétention n'appartient :

Ni au tiers possesseur, de mauvaise foi ou de bonne foi, pour la répétition de ses impenses même nécessaires[13] ;

Ni au tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, qui l'a délaissé, ou sur lequel il a été exproprié, pour la bonification de la mieux-value résultant de ses impenses et améliorations[14] ;

Ni à l'usufruitier, pour le recouvrement des frais de grosses ré-

[11] Il en serait ainsi, alors même que le travail du fabricant ou de l'ouvrier n'ayant eu pour résultat que l'amélioration et non la conservation de la chose, on ne devrait pas lui reconnaître le privilége établi par le n° 3 de l'art. 2102. Delvincourt, III, part. II, p. 274. Persil, sur l'art. 2102, n° 3. Troplong, I, 176. Glasson, p. 133. Rouen, 9 juin 1826, Sir., 27, 2, 253. Angers, 8 juillet 1826, Sir., 27, 2, 50. Paris, 31 mai 1827, Sir., 28, 2, 127. Req. rej., 17 mars 1829, Sir., 29, 1, 145. Voy. aussi les arrêts cités à la note 19 *infra*.

[12] Cpr. § 540, texte n° 3, lett. *b*.

[13] Cabrye, n° 119. Mourlon, n° 231. Cpr. dans ce sens, en ce qui concerne spécialement le tiers constructeur : § 204, texte, lett. *b*, et note 13 ; Rennes, 3 juillet 1858, Sir., 59, 2, 170. Voy. en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, v° Privilége de créance, sect. IV, § 5, n° 2 ; Toullier, III, 130 ; Duranton, IV, 382 ; Proudhon, *Du domaine privé*, II, 569 ; Grenier, *Des hypothèques*, II, p. 85 ; Troplong, I, 260 ; Marcadé, sur l'art. 555, n° 5 ; De Fréminville, *op. et loc. citt.* ; Zachariæ, § 218, texte et note 10 ; Demolombe, IX, 682. Ces auteurs, toutefois, ne sont pas d'accord entre eux sur les applications de leur système. Les uns n'accordent le droit de rétention qu'au possesseur de bonne foi, tandis que d'autres le reconnaissent également au possesseur de mauvaise foi ; et, parmi ces derniers, il en est qui l'admettent même pour les impenses utiles, tandis que les autres le restreignent aux impenses nécessaires. Quant à la jurisprudence, elle paraît accorder le droit de rétention pour les impenses utiles aussi bien que pour les impenses nécessaires, mais au possesseur de bonne foi seulement. Rennes, 8 février 1841, Sir., 41, 2, 453. Req. rej., 25 mai 1852, Sir., 52, 1, 516. Montpellier, 25 novembre 1852, Sir., 53, 2, 191. Bastia, 9 juillet 1856, Sir., 56, 2, 404. Rouen, 18 décembre 1856, Sir., 57, 2, 558. Grenoble, 10 juillet 1860, Sir., 61, 2, 21.

[14] Voy. pour le développement de cette proposition : § 287. Cpr. aussi : Angers, 28 avril 1853, Sir., 53, 2, 420.

parations qu'il aurait effectuées, ou des avances qu'il aurait faites dans les hypothèses prévues par les art. 609 et 612[15];

Ni à l'acquéreur d'un immeuble dotal, condamné au déguerpissement par suite de l'annulation de la vente, soit pour la restitution du prix, soit pour le remboursement de ses impenses[16];

Ni, enfin, à l'héritier apparent ou à son cessionnaire, condamné au délaissement de l'hérédité, pour le recouvrement des sommes qu'il aurait payées à la décharge de la succession[17].

Toutefois, s'il s'agissait de bonifications réclamées par un tiers possesseur de bonne foi, ou par les héritiers d'un usufruitier, et que le propriétaire de l'immeuble à délaisser ne présentât pas de garanties suffisantes de solvabilité, le juge pourrait subordonner l'exécution de la condamnation en délaissement, au paiement des sommes qui leur seraient dues[18].

Le droit de rétention est indivisible, en ce sens qu'il peut être exercé, pour la totalité de la créance, sur chaque partie de la chose qui en forme l'objet. C'est ainsi que le fabricant ou l'ouvrier qui a reçu, en vertu d'une seule et même convention, un lot de marchandises à façonner ou réparer, peut, après avoir restitué une partie de ces marchandises sans avoir obtenu les prix de façon ou sa-

[15] Bien que l'usufruit impose à l'usufruitier certaines obligations envers le nu-propriétaire, il n'existe cependant entre eux, au point de vue de leurs qualités respectives, aucun rapport conventionnel; et l'usufruitier qui exécute des grosses réparations, ou qui fait des avances de la nature de celles dont il est question aux art. 609 et 612, ne saurait même être considéré comme le *negotiorum gestor* du nu-propriétaire, puisqu'en usant d'une faculté que lui donne la loi, il agit plutôt dans son propre intérêt que dans celui de ce dernier. Il ne peut donc avoir contre lui qu'une action *de in rem verso*, action qui ne suffit pas pour justifier le droit de rétention. Cpr. § 235, note 9. Voy. en sens contraire: Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2626 et 2627; Demolombe, X, 595; Glasson, p. 142 et suiv.; Zachariæ, § 263, texte et note 21.

[16] Voy. sur ce point: § 537, texte n° 1 et note 32.

[17] Agen, 19 janvier 1842, Sir., 43, 2, 281.

[18] Proudhon (*op. cit.*, V, 2626 et 2627) et M. Demolombe (IX, 582, et X, 595), tout en accordant le droit de rétention au tiers possesseur et à l'usufruitier, estiment cependant que le juge pourrait, en considération de la position financière du propriétaire, l'autoriser à rentrer en possession sans paiement préalable des sommes qui seraient dues à ces derniers. Ce tempérament, analogue à celui que nous avons nous-mêmes admis dans le système contraire, diminue considérablement l'intérêt pratique qui s'attache à la controverse sur l'existence du droit de rétention dans les hypothèses dont il s'agit.

laires y afférents, retenir le surplus des marchandises pour garantie de la totalité des sommes qui lui sont dues[19].

Quoique le droit de rétention n'engendre pas de droit de suite, et ne constitue pas un véritable droit réel dans le sens complet de ce mot[20], il peut cependant, d'après son fondement et son objet, être opposé à des tiers, du moins dans une certaine mesure. En matière mobilière, il peut l'être à l'acheteur, ainsi qu'aux créanciers chirographaires ou privilégiés du propriétaire de la chose détenue, et ce, même en cas de faillite[21]. En matière immobilière, il peut être exercé, non-seulemnt contre l'acquéreur, mais encore contre les créanciers hypothécaires postérieurs[22].

Le droit de rétention ne fait pas obstacle à la saisie par d'autres créanciers et à la vente forcée de la chose qui s'y trouve soumise ; mais, comme il continuera de subsister malgré cette vente, le créancier qui en jouit ne pourra être contraint au délaissement au profit de l'adjudicataire qu'après avoir été désintéressé, ce qui placera les créanciers poursuivants dans la nécessité de consentir au prélèvement de sa créance sur le prix d'adjudication[23].

19 Troplong, I, 176 et 259. Pont, n° 142. Rouen, 18 juin 1825, Sir., 26, 2, 127. Rouen, 9 juin 1826, Sir., 27, 2, 253. Rouen, 17 décembre 1828 et 25 février 1829, Sir., 31, 2, 88. Civ. rej., 9 décembre 1840, Sir., 41, 1, 33. Req. rej., 13 mai 1861, Sir., 61, 1, 865. Voy. en sens contraire : Angers, 6 juillet 1826, Sir., 27, 2, 50. — Il en serait autrement, s'il ne s'agissait plus d'une seule et même convention, mais de plusieurs opérations distinctes, successivement renouvelées ; dans ce cas, le fabricant ou l'ouvrier ne pourrait exercer, sur les marchandises qu'il détient encore, le droit de rétention pour les façons des march ndises qu'il aurait rendues. Req. rej., 17 mars 1829, Sir., 29, 1, 145. Voy. en sens contraire : Pardessus, *Droit commercial*, IV, 1202.

20 On reconnaît généralement que, dans notre nouvelle législation, le droit de rétention n'engendre aucun droit de suite. Mais, malgré cela, certains auteurs ont cru devoir lui attribuer la qualification de droit réel. Voy. Valette, *Des priviléges et hypothèques*, n° 7 ; Cabrye, n° 74 ; Glasson, p. 37. A notre avis, cette qualification est inexacte : d'une part, en effet, le caractère propre du droit réel est d'emporter un droit de suite ; et, d'autre part, un droit n'est pas réel par cela seul qu'il peut, sous certaines conditions, être opposé à des tiers. Du reste, la controverse qui s'est élevée à cet égard n'a pas grande importance, puisque dans l'un et l'autre système on arrive à peu près aux mêmes résultats pratiques.

21 Voy. les autorités citées aux notes 11 et 19 *supra*.

22 Cpr. § 438, texte *in fine*.

23 Cabrye, n° 76. Civ. cass., 31 mars 1851, Sir., 51, 1, 305. Cpr. Chambéry, 6 août 1864, Sir., 65, 2, 48.

Le droit de rétention s'éteint par le désaisissement volontaire de la chose sur laquelle il portait, et ne renaît pas au cas où cette chose viendrait à rentrer, à titre nouveau, dans les mains de l'ancien détenteur[24].

Lorsque le détenteur a été, contre sa volonté, dépossédé, par le fait du propriétaire ou d'un tiers, de la chose soumise au droit de rétention, il peut, s'il s'agit d'un meuble, en réclamer la restitution par voie de saisie-revendication[25], et s'il s'agit d'un immeuble, par voie de réintégrande, à supposer que la dépossession ait été consommée à l'aide de voies de fait assez graves pour l'autoriser[26].

Du reste, lorsque la chose mobilière affectée au droit de rétention a passé entre les mains d'un tiers possesseur de bonne foi, la restitution n'en peut être demandée, si ce c'est en cas de perte ou de vol, et conformément aux dispositions de l'art. 2279.

CHAPITRE I.

Aperçu historique sur le régime hypothécaire. — Notions générales sur les priviléges et les hypothèques.

§ 257.

Aperçu historique.

Avant la révolution, la majeure partie de la France suivait, en matière hypothécaire, les principes adoptés par le Droit romain. Ainsi, d'une part, les constitutions d'hypothèques pouvaient porter sur la généralité des biens présents et à venir du constituant ; et il était permis de les attacher à des créances indéterminées, aussi bien qu'à des créances déterminées. D'autre part, l'efficacité des hypothèques n'était pas subordonnée à leur inscription sur des registres publics.

24 Caen, 6 novembre 1860, Sir., 61, 2, 551.

25 Cpr. Code de procédure, art. 826 et suiv. Ce n'est pas à dire pour cela que nous reconnaissions au droit de rétention, le caractère de droit réel. La saisie-revendication n'est qu'une forme de procéder, qui peut être employée pour la conservation et l'exercice d'un droit personnel aussi bien que d'un droit réel.

26 Cpr. § 189, texte, notes 2 et 3.

Toutefois, on s'était écarté des dispositions du Droit romain sous les rapports suivants : Les meubles étaient généralement considérés comme n'étant pas susceptibles d'affectation hypothécaire. Les actes sous seing privé ne suffisaient pas pour conférer hypothèque, à moins qu'ils ne fussent reconnus en justice, ou déposés chez un notaire, du consentement de toutes les parties. Enfin, les actes notariés emportaient de plein droit, et indépendamment de toute stipulation, hypothèque générale sur les immeubles du débiteur.

Les vices de cette législation avaient de bonne heure fixé l'attention des jurisconsultes et des hommes d'État. En 1673, Colbert fit rendre un édit qui consacrait et organisait le principe de la publicité des hypothèques. Mais cette mesure, qui menaçait de détruire le crédit des familles puissantes, en exposant au grand jour l'état de leurs fortunes, souleva une opposition tellement vive, que l'on se crut obligé de la révoquer dès l'année suivante.

L'essai d'une autre amélioration qui, toutefois, ne touchait point au fond de la législation, eut plus de succès. On observait depuis longtemps, pour le purgement des hypothèques, la procédure simulée et souvent ruineuse des décrets volontaires, procédure dont la loi 6, C. *de remiss. pig.* (8-26), avait fourni l'idée. Louis XV y substitua, par son édit du mois de juin 1771, l'usage des lettres de ratification, mode de purgement plus simple et plus économique.

Quelques provinces du nord, appelées *pays de saisine ou de nantissement*, avaient adopté un régime hypothécaire tout différent de celui qui vient d'être exposé. Sous ce régime, fondé sur le principe de la publicité, les hypothèques n'avaient d'existence et d'effet à l'égard des tiers, qu'autant qu'elles étaient rendues publiques au moyen d'une inscription faite, avec la permission du juge, sur un registre à ce destiné.

La révolution, en ébranlant à la fois et le crédit public et la confiance entre particuliers, vint mettre à nu les nombreuses imperfections de la législation hypothécaire jusqu'alors en vigueur. L'étendue et la gravité du mal, devenues évidentes pour tous, réclamaient de prompts remèdes. Deux lois furent successivement rendues dans cette vue. La première, du 9 messidor an III, posa le principe de la publicité. Pour le mettre en pratique, elle établit, dans chaque arrondissement communal, un conservateur chargé d'inscrire les actes hypothécaires sur des registres tenus à cet effet, et subordonna l'efficacité des hypothèques à l'accomplisse-

ment de cette formalité. La seconde, du 11 brumaire an VII, fit un pas de plus. Elle disposa qu'à l'avenir on ne pourrait établir d'hypothèques conventionnelles que pour garantir des créances déterminées, et que ces hypothèques ne pourraient frapper que sur des immeubles spécialement désignés. Elle consacra ainsi le principe de la spécialité, et en fit, avec celui de la publicité, les bases d'une nouvelle législation.

La Section de législation du Conseil d'État, qui avait à choisir entre le régime hypothécaire du Droit romain et celui de la loi de brumaire, se trouva divisée d'opinions. Les partisans du Droit romain en faisaient ressortir l'extrême simplicité. Ils combattaient la loi de brumaire comme devant porter atteinte au crédit, et comme imposant à la liberté des conventions, des entraves d'autant plus difficiles à justifier que, ne pouvant préserver de toutes surprises les acquéreurs et les prêteurs, elles ne paraissaient pas de nature à produire le résultat qu'on en attendait. Enfin, ils attaquaient comme impolitique, l'impôt que le gouvernement prélevait sur les inscriptions hypothécaires.

On répondait pour le système de la loi de brumaire que, loin d'affaiblir le crédit, il tendait au contraire à le consolider ; que le législateur devait songer à soustraire une partie des capitaux à l'action du commerce, et qu'un régime hypothécaire sagement combiné pouvait seul conduire à ce but ; qu'au surplus, c'était une erreur de vouloir apprécier, d'après des considérations spéciales au crédit commercial, les mesures que réclame le crédit en général. On ajoutait enfin, que la question de l'impôt était étrangère au Droit civil.

Ces dernières raisons prévalurent dans l'assemblée générale du Conseil d'État, qui se prononça pour le double principe de la publicité et de la spécialité.

Toutefois, il s'éleva encore d'importants débats sur différents détails d'organisation. C'est ainsi que la question de savoir si les hypothèques légales du mineur et de la femme mariée seraient dispensées de la nécessité de l'inscription, devint l'objet d'une vive controverse. Elle fut résolue affirmativement, mais à une assez faible majorité, et au moyen d'une espèce de transaction. Tout en rendant l'efficacité de ces hypothèques indépendante de l'inscription, on convint cependant de prendre des mesures pour assurer l'accomplissement de cette formalité. Ce fut à l'occasion de ces débats que le Premier Consul prononça ces paroles remar-

quables : «Depuis que j'entends discuter le Code civil, je me suis «souvent aperçu que la trop grande simplicité dans la législation «est l'ennemie de la propriété. On ne peut rendre les lois extrê«mement simples, sans couper le nœud plutôt que de le délier, «et sans livrer beaucoup de choses à l'incertitude de l'arbitraire.»

Le régime hypothécaire, tel qu'il avait été établi par le Code Napoléon, fut d'abord modifié par les art. 834 et 835 du Code de procédure, puis ensuite d'une manière plus profonde par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, ainsi que nous l'avons déjà expliqué au § 207.

Enfin, la loi du 21 mai 1858, portant modification de certains articles du Code de procédure, contient également des dispositions nouvelles relatives aux droits des créanciers jouissant d'une hypothèque légale dispensée d'inscription.

§ 258.

Des caractères distinctifs des priviléges et des hypothèques.

Le privilége est un droit que la seule qualité de la créance, c'est-à-dire la faveur qu'elle mérite aux yeux de la loi, donne à un créancier d'être payé de préférence à d'autres. Art. 2095 [1].

L'hypothèque est un droit en vertu duquel une chose se trouve, indépendamment de la qualité de la créance, affectée à l'acquittement d'une obligation. Art. 2114.

Les priviléges et les hypothèques diffèrent principalement sous les rapports suivants :

1° Les priviléges ne peuvent résulter que d'une disposition légale. Art. 2095. Il n'est pas au pouvoir du débiteur de créer, au profit d'un ou de plusieurs de ses créanciers, des priviléges en dehors de ceux qui sont établis par la loi [2]. Les hypothèques, au

[1] Cette définition, qui détermine, d'une manière exacte, le caractère des priviléges, ne convient cependant pas au privilége admis en faveur du créancier gagiste par les art. 2073 et 2102, n° 2. Attaché à la possession de la chose mise en gage, et se liant au droit de rétention qui est l'effet direct du contrat de nantissement, ce privilége est indépendant de la qualité particulière de la créance. Persil, sur l'art. 2095. Zachariæ, § 256, note 3.

[2] Zachariæ, § 256, note 4. Req. rej., 12 décembre 1831, Sir., 32, 1, 273. Paris, 6 mars 1834, Sir., 34, 2, 308. Civ. cass., 26 juillet 1852, Sir., 52, 1, 693. Amiens, 3 juillet 1862, Sir., 63, 2, 84. Bordeaux, 6 avril 1865, Sir., 65, 2, 347.

contraire, dérivent de la loi, d'une convention, ou d'une sentence judiciaire[3]. Art. 2116 et 2117.

2° Les créanciers privilégiés sont préférés aux créanciers même hypothécaires. Art. 2095. Ces derniers ne priment que les créanciers simplement chirographaires.

3° Le rang des créanciers privilégiés se détermine d'après le degré de faveur dont leurs créances jouissent aux yeux de la loi, et sans égard à la date de ces créances[4]. Art. 2096. Celui des créanciers hypothécaires se règle, en général, d'après la date de leurs inscriptions. Art. 2113 et 2134.

Les priviléges ne forment, pas plus que les hypothèques, des droits exclusivement attachés à la personne. Ils passent, comme accessoires des créances pour sûreté desquelles ils sont établis, aux cessionnaires et autres successeurs, et sont susceptibles d'être exercés, au nom et du chef des créanciers auxquels ils compètent, conformément à l'art. 1166. Art. 2112.

Les priviléges et les hypothèques ayant pour effet de modifier la règle générale d'après laquelle les biens du débiteur forment le gage commun de ses créanciers, les dispositions légales qui les établissent, ou qui en autorisent la constitution, doivent être interprétées d'une manière restrictive[5], et ne peuvent être étendues, sous prétexte d'analogie, à des créances autres que celles qui font l'objet de ces dispositions, quelque favorables qu'elles puissent être. C'est ainsi qu'en cas de violation de dépôt, la créance du déposant n'est pas privilégiée[6].

[3] La division tripartite des hypothèques, considérées sous le rapport de leur origine, n'est pas rigoureusement exacte dans notre Droit. En effet, l'hypothèque judiciaire n'est pas, comme en Droit romain, conférée par le juge : attachée de plein droit, et par la seule force de la loi, aux créances résultant de jugements, elle est plutôt légale que judiciaire.

[4] Voy. cependant sur le privilége des architectes : art. 2110 ; § 278, texte n° 4. Voy. aussi sur le privilége du trésor pour frais de justice criminelle : loi du 5 septembre 1807, art. 4 ; § 263 *bis*, texte n° 1, lett. *e*.

[5] Art. 2115, et argument de cet article. *Exceptiones sunt strictissimæ interpretationis*. Grenier, II, 384. Zachariæ, § 256, texte et note 8. Req. rej., 18 mai 1831, Sir., 31, 1, 220.

[6] Persil, sur l'art. 2102, § 2, n° 8. Troplong, I, 173. Civ. cass., 23 août 1864, Sir., 65, 1, 177. Rouen, 6 avril 1865, Sir., 66, 2, 122.

§ 259.

Des objets qui sont susceptibles de priviléges ou d'hypothèques.

Les priviléges peuvent porter sur des meubles, aussi bien que sur des immeubles. Art. 2099. Les hypothèques ne peuvent frapper que des immeubles[1]. Art. 2119[2]. La loi du 11 brumaire an VII a virtuellement aboli, même pour le passé, l'hypothèque des meubles[3].

Les immeubles corporels, et leurs accessoires réputés immeubles, sont tous susceptibles d'être grevés d'hypothèques. Art. 2118, n° 1. Il en est ainsi, non-seulement des fonds de terre et des bâtiments, mais encore des mines, en tant qu'elles constituent des immeubles distincts de la surface[4], et des édifices et superfices formant une propriété immobilière, distincte de celle du tréfonds[5].

Les seuls immeubles incorporels qui puissent être grevés d'hypothèques sont les droits d'usufruit immobilier[6], et les actions immobilisées de la Banque de France[7].

[1] La jouissance emphytéotique est-elle susceptible d'hypothèque? Nous avons adopté la solution négative (§ 224 *bis*, texte et note 8), en nous fondant sur ce que l'emphytéose ne constitue plus, dans notre Droit actuel, un droit réel immobilier. Mais, dût-on admettre le contraire, cette solution se justifierait encore par la rédaction restrictive de l'art. 2118 du Code Napoléon, rapprochée de l'art. 6 de la loi du 11 brumaire an VII, qui indiquait la jouissance à titre d'emphytéose comme étant, aussi bien que l'usufruit, susceptible d'hypothèque.

[2] Cpr. sur la règle que *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* : § 256, note 2.

[3] Civ. rej., 17 mars 1807, Sir., 7, 1, 158.

[4] Loi du 21 avril 1810, art. 8 et 19 à 21. Cpr. § 223, texte n° 3.

[5] Cpr. § 223, texte n° 2. Troplong, II, 404 et 405. Pont, n° 391. Zachariæ, § 258, note 4.

[6] En déclarant susceptibles d'hypothèque les droits d'usufruit immobilier, l'art. 2118 n'a entendu parler que de l'usufruit formel. L'usufruit causal ne peut être hypothéqué séparément de la propriété. Zachariæ, § 258, note 4. Civ. cass., 12 avril 1836, Sir., 36, 1, 366. — Voy. sur les effets d'une hypothèque grevant un usufruit : 1° au cas de consolidation sur la tête du nu-propriétaire, ou sur celle de l'usufruitier : § 234, lett. A, n° 5 ; et 284, texte n° 1, *in fine* ; 2° au cas de vente volontaire ou forcée faite simultanément, et pour un même prix, de l'usufruit et de la nue-propriété : § 234, texte, lett. C, et note 44.

[7] Décret du 16 janvier 1808, sur les statuts de la Banque de France, art. 7. Nous ne mentionnons plus ici les actions des canaux d'Orléans et de Loing, qui pouvaient être immobilisées comme celles de la Banque, par le motif que le rachat en a été autorisé par la loi du 1er août 1860, et définitivement opéré par celle du 20 mai 1863. Cpr. § 165, texte n° 1, lett. *c*.

Ainsi, ne sont susceptibles d'une pareille affectation : ni les droits d'usage et d'habitation[8] ; ni les servitudes réelles envisagées en elles-mêmes et séparément du fonds auquel elles sont dues[9] ; ni les actions immobilières[10]; ni enfin les hypothèques elles-mêmes[11].

Les immeubles par destination, les servitudes réelles, et la redevance à laquelle donne lieu la concession d'une mine ne peuvent être hypothéqués qu'avec le fonds auquel ils sont attachés ou dont ils forment des accessoires, et se trouvent, d'un autre côté, virtuellement compris dans l'affectation de ce fonds.

Au surplus, un objet quelconque n'est susceptible de priviléges ou d'hypothèques qu'autant qu'il est placé dans le commerce. Art. 2118, n° 1, et arg. de cet article. Ainsi, les immeubles corporels et les rentes sur l'État faisant partie d'un majorat ne peuvent être l'objet, ni d'une hypothèque, ni en général, d'un privilége. Toutefois, et par exception à cette règle, ces biens sont affectés au privilége des frais de justice[12].

§ 259 *bis*.

De la division des priviléges et des hypothèques sous le rapport de leur étendue.

Les priviléges sur les meubles sont généraux ou particuliers, suivant qu'ils portent sur la généralité des meubles ou sur certains meubles déterminés. Art. 2100.

[8] La règle posée au texte s'applique aux droits d'usage dans les forêts, comme à tous autres droits d'usage, puisqu'ils sont, aussi bien que ces derniers, incessibles et insaisissables. Art. 631. Troplong, I, 108, II, 403. Cpr. Zachariæ, § 258, note 7. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 140; Battur, II, 232.

[9] Troplong, II, 401 et 402. Pont, n° 393. Zachariæ, § 258, texte et note 7.

[10] Tarrible, *Rép.*, v° Hypothèques, sect. II, § 3, art. 4, n° 6, 8°. Persil, sur l'art. 2118, n° 9. Delvincourt, III, p. 292. Battur, II, 234. Valette, p. 204. Troplong, II, 406. Pont, n° 395. Zachariæ, § 258, texte et note 8. Req. rej., 14 avril 1847, Sir., 47, 1, 341. — La question résolue au texte est toute différente de celle de savoir si l'on peut hypothéquer des immeubles que l'on ne possède pas actuellement, mais à l'égard desquels on jouit d'une action tendant à les recouvrer. Voy. sur cette question : § 266, texte n° 1 et note 11.

[11] Code de procédure, art. 775. Persil, sur l'art. 2118, n° 16. Grenier, I, 157. Duranton, XIX, 272. Troplong, II, 407. Valette, p. 206 et suiv. Pont, n° 394. Zachariæ, § 258, texte et note 9. Paris, 10 août 1809, Sir., 13, 2, 198.

[12] Décret du 1er mars 1808, art. 40 et suiv.

A l'exception des priviléges généraux énumérés par l'art. 2101, qui, à défaut ou en cas d'insuffisance du mobilier, s'étendent subsidiairement à la généralité des immeubles, les autres priviléges immobiliers sont tous particuliers, et ne portent que sur certains immeubles déterminés. Art. Art. 2103 et 2104.

Les hypothèques sont générales ou spéciales, suivant qu'elles frappent tous les immeubles présents et à venir du débiteur, ou qu'elles n'affectent qu'un ou plusieurs immeubles présents spécialement désignés.

A cette division se rattache celle qui distingue les hypothèques, sous le rapport de leur origine, en légales, judiciaires, et conventionnelles, selon qu'elles dérivent de la loi, d'un jugement, ou d'une convention[1]. Art. 2116 et 2117.

L'hypothèque judiciaire est générale de sa nature. Art. 2123, al. 2. Il en est de même des hypothèques légales établies par l'art 2121. Art. 2122. Les hypothèques conventionnelles, au contraire, ne peuvent être que spéciales[2]. Art. 2129.

En traitant, au chapitre suivant, des priviléges sur les meubles et sur les immeubles, nous ne nous occuperons d'abord que de ceux qui sont établis par le Code Napoléon. Nous expliquerons ensuite, dans un appendice, les priviléges résultant du Code de commerce ou de lois spéciales.

CHAPITRE II.

Des différents priviléges établis par le Code Napoléon.

A. DES PRIVILÉGES SUR LES MEUBLES.

§ 260.

I. *Des priviléges généraux sur les meubles.*

Les créances que le Code Napoléon déclare privilégiées sur la généralité des meubles[1] sont (art. 2101) :

[1] Cpr. § 258, texte et note 3.

[2] Voy. sur la nature de l'hypothèque constituée conformément à l'art. 2130 : § 266, texte n° 1 et note 27 ; § 273, texte et note 4 ; § 282, texte et note 6 ; § 289, texte n° 3.

[1] Ces termes de l'art. 2101 comprennent tout ce qui est meuble d'après sa nature, ou par la détermination de la loi. Cpr. Civ. cass., 12 juillet 1854, Sir., 54, 1, 569.

1° *Les frais de justice.*

On doit considérer comme tels tous les frais faits, dans l'intérêt commun des créanciers, pour la conservation, la liquidation, la réalisation des biens du débiteur, et pour la distribution du prix en provenant, peu importe qu'ils aient été exposés à l'occasion ou dans le cours d'une instance judiciaire, ou qu'ils soient relatifs à des actes ou opérations extrajudiciaires.

Ainsi, les frais de justice comprennent, non-seulement ceux de saisie, de vente forcée, d'ordre ou de distribution de deniers, mais encore les frais de scellés, d'inventaire, de gestion et de compte, faits par l'héritier bénéficiaire, le curateur à succession vacante, ou le syndic d'une faillite [2] ; et, en particulier, les frais des procès soutenus par un administrateur de l'une ou l'autre de ces catégories, soit pour repousser des prétentions élevées par des tiers, soit pour provoquer des condamnations contre des tiers [3].

Il en serait autrement des frais d'un partage amiable, fait entre des héritiers même bénéficiaires, dans leur intérêt exclusif, et sans l'intervention d'aucun créancier [4].

Quant aux frais avancés par un créancier dans son intérêt personnel, par exemple pour faire reconnaître sa créance ou pour se procurer un titre exécutoire, ils ne forment pas, quoique faits en justice, des frais de justice dans le sens de l'art. 2101, et ne jouissent pas du privilége établi par cet article [5].

Ce privilége, fondé sur le motif d'équité que personne ne doit refuser la restitution d'avances utilement faites dans son intérêt, peut, suivant les circonstances, être sujet à une double limitation,

[2] Art. 810 et 814 du Code Nap. et 565 du Code de comm., et arg. de ces articles. Valette, n° 21. Pont, n° 69. Paris, 28 janvier 1812, Sir., 13, 2, 192. Metz, 4 mai 1820, Sir., 21, 2, 102. Req. rej., 11 août 1824, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 1, 516. Lyon, 16 janvier 1851, Sir., 52, 2, 344. Voy. aussi : Lyon, 9 juin 1865, Sir., 65, 2, 304.

[3] Toullier, IV, 390. Bilhard, *Du bénéfice d'inventaire,* n°s 79 et suiv. Duranton, VII, 36. Amiens, 17 août 1836, Sir., 37, 2, 353.

[4] Pont, n° 69. Req. rej., 14 février 1853, Sir., 53, 1, 246.

[5] Valette, n° 22. Pont, n° 67. Martou, II, 316. Civ. rej., 24 juin 1867, Sir., 67, 1, 285.— La proposition est incontestable en tant qu'il s'agit de jugements pris contre le débiteur lui-même. Mais il semble qu'il doive en être autrement pour les jugements pris contre l'héritier bénéficiaire, le syndic d'une faillite, ou le curateur à succession vacante. Dans la pratique, on considère les frais de pareils jugements comme dus par *la masse*, et on en admet le prélèvement.

quant aux objets sur lesquels il s'exercera, et quant aux créanciers auxquels il sera opposable.

Ainsi, lorsque certains frais de justice, comme par exemple des frais de saisie et de vente, concernent non point la généralité des meubles, mais seulement quelques objets déterminés, ils ne sont privilégiés que sur ces objets[6].

D'un autre côté, quand des frais de justice, quoique relatifs à la généralité des meubles, ne profitent cependant pas à certains créanciers, investis de droits particuliers, pour la conservation ou la réalisation desquels les actes ou procédures qui ont occasionné ces frais étaient sans nécessité comme sans utilité, le privilége dont ils jouissent ne peut être opposé à ces créanciers. C'est ainsi que le privilége général pour frais de scellés, d'inventaire, et d'administration d'une succession bénéficiaire ou de la masse d'une faillite, n'est pas susceptible d'être opposé à des créanciers ayant des priviléges spéciaux fondés sur un nantissement exprès ou tacite, par exemple, au créancier gagiste, au locateur, à l'aubergiste, et au voiturier[7]. C'est ainsi encore que le privilége pour les frais occasionnés par une faillite, tels que les frais faits pour l'ouverture de la faillite et la convocation des assemblées de créanciers, les droits de greffe, et les honoraires des syndics, ne peut être opposé aux créanciers hypothécaires[8].

A plus forte raison, le privilége des frais de justice, dont jouit l'héritier bénéficiaire ou le syndic d'une faillite, pour les dépens

6 Pont, n° 68. Cpr. Civ. cass., 28 juillet 1848, Dalloz, 1849, 1, 328.

7 Code de proc. civ., art. 662 et 768, et arg. de ces articles. Merlin, *Rép.*, v° Privilége, sect. III, § 1, n° 2. Grenier, II, 300. Troplong, I, 130 et 131. Valette, n° 22. Pont, n° 67. Martou, II, 321 à 324. Zachariæ, § 260, note 1re. Paris, 27 novembre 1814, Sir., 16, 2, 205. Civ. rej., 20 août 1821, Sir., 22, 1, 28. Lyon, 27 mars 1821 et 14 décembre 1825, Sir., 26, 2, 51 et 53. Lyon, 1er avril 1841, Sir., 42, 2, 345. Lyon, 17 mars 1846, Sir., 46, 2, 438. Cpr. cep. Lyon 1851, Sir., 52, 2, 344.

8 Riom, 24 août 1863, Sir., 64, 2, 65. Voy. cep. Colmar, 4 juillet 1831, Sir., 33, 2, 76. — Mais le privilége pour frais de scellés et d'inventaire, après décès ou faillite, est opposable aux créanciers hypothécaires, puisque ces opérations, qui peuvent avoir pour effet de prévenir le divertissement des titres de propriété, concernent également l'intérêt de ces créanciers. Troploug, I, 131. Duranton, XIX, 44. Paris, 28 janvier 1812, Sir., 13, 2, 102. Req. rej., 11 août 1824, Sir., 25, 1, 55. Rouen, 2 décembre 1841, Sir., 42, 2, 158. Riom, 24 août 1863, Sir., 64, 2, 65. Voy. en sens contraire : Marcadé, II, 325.

auxquels il a été condamné dans un procès soutenu contre un créancier de la succession ou de la faillite, n'est-il pas opposable à ce créancier qui a obtenu gain de cause[9].

2° *Les frais funéraires.*

Ces frais comprennent, outre les dépenses de l'ensevelissement et de la sépulture, les émoluments de la fabrique et les honoraires des ministres du culte[10]; mais ils ne comprennent pas les sommes dues, soit pour le deuil de la veuve et des domestiques, soit pour l'érection d'un monument sur la tombe du défunt[11].

Le privilége dont il s'agit n'est pas limité aux frais funéraires du débiteur lui-même; il s'étend à ceux de ses enfants mineurs, et même de ses enfants majeurs, ou d'autres proches parents, qui vivaient avec lui comme membres de sa famille[12]. La déconfiture ou la faillite du chef de famille donne lieu au privilége pour les frais

9 Martou, II, 342. Civ. cass., 25 avril 1854, Sir., 54, 1, 369.

10 Troplong, I, 136. Zachariæ, § 260, texte et note 5.

11 Il régnait, dans l'ancien Droit, de grandes dissidences sur le point de savoir si telles ou telles dépenses devaient être considérées comme frais funéraires et jouir du privilége. Le même désaccord existe dans la doctrine moderne, surtout en ce qui concerne les frais de deuil. A notre avis, il faut, d'après le principe que les dispositions relatives aux priviléges doivent être interprétées restrictivement, et en l'absence de toute indication contraire, refuser le privilége aux frais de deuil, et surtout à ceux d'un monument funéraire. Ces frais, en effet, n'ont pas lieu *propter funus*, et l'on ne pourrait les comprendre parmi les frais funéraires, qu'en étendant la portée de ces termes au delà de leur sens naturel. Cpr. art. 1481 et 1570; § 258, texte et note 5; § 264 *ter*, texte et note 25. Merlin, *Rép.*, v° Deuil, § 2, n° 8. Grenier, II, 301. Battur, I, 32. Beliot des Minières, *Du contrat de mariage*, II, 507. Troplong, I, 136. Valette, n° 26. Zachariæ, § 260, texte et note 5. Voy. en sens contraire: Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. III, § 1, n° 3; Persil, sur l'art. 2101, n° 4; Proudhon, *De l'usufruit*, I, 212; Duranton, XIX, 48; Taulier, VII, 122; Pont, n° 73; Agen, 28 août 1834, Sir., 35, 2, 426; Caen, 15 juillet 1836, Sir., 37, 2, 229.

12 L. 17, D. *de reb. auct. jud. poss.* (42, 5). L'art. 2102, n° 2, parle *des frais funéraires* en termes généraux; et il y a d'autant moins de raison de limiter le privilége qu'il établit, aux frais des funérailles du débiteur lui-même, que les motifs de décence publique et de salubrité, sur lesquels ce privilége est fondé, s'appliquent avec la même force à l'inhumation des autres personnes indiquées au texte. Valette, n° 26. Duranton, XIX, 50. Voy. en sens contraire: Persil, sur l'art. 2101, n° 5; Zachariæ, § 260, note 6.

funéraires de ces personnes, à supposer, d'ailleurs, qu'elles soient décédées sans fortune[13].

Le privilége doit, dans tous les cas, être restreint aux dépenses jugées conformes à la condition du défunt[14].

3° *Les frais quelconques de la dernière maladie.*

Les termes *la dernière maladie,* ne peuvent s'entendre que de la maladie dont le débiteur est mort. Ils ne s'appliquent, ni aux maladies des enfants ou proches parents du débiteur[15], ni à une maladie du débiteur lui-même, mais dont il a guéri, cette maladie eût-elle précédé, sans aucun intervalle de temps, sa faillite ou sa déconfiture[16].

13 Les frais funéraires sont, avant tout, une charge de la succession du défunt; et si cette succession peut y pourvoir, il ne saurait être question de les réclamer par privilége sur les biens du chef de la famille. Valette, n° 26.

14 On ne peut supposer au législateur, l'intention d'accorder la faveur du privilége à des dépenses de luxe ou de vanité. L. 12, § 5, L. 14, § 6, D. *de relig. et sumpt. fun.* (11, 7). Persil, sur l'art. 2101, n° 6. Grenier, II, 301. Troplong, I, 134. Valette, n° 26. Pont, n° 72. Zachariæ, § 260, texte et note 4.

15 Les mots *la dernière maladie* se rapportent nécessairement à une personne déterminée, et cette personne ne peut être que le débiteur. D'ailleurs, le motif sur lequel est fondé le privilége dont il s'agit, ne s'applique point aux maladies des enfants ou proches parents du débiteur. Cpr. la note suivante.

16 En accordant un privilége aux frais de dernière maladie, notre ancienne jurisprudence avait eu pour motif principal de procurer un peu de crédit aux personnes d'une solvabilité douteuse, en rassurant ceux qui leur fourniraient des secours, contre l'éventualité de la mort du débiteur et l'impossibilité où elle placerait ce dernier de s'acquitter lui-même d'une dette aussi sacrée. Aussi le privilége se trouvait-il restreint aux frais de la maladie dont le débiteur était mort; et rien ne porte à croire que les rédacteurs du Code aient voulu l'étendre aux frais de la maladie dont le débiteur, encore vivant, a été atteint avant sa faillite ou sa déconfiture. Vainement dit-on, pour soutenir le contraire, que les termes « frais *de la* dernière maladie », moins restreints que les expressions « frais *de* dernière maladie », employées dans l'ancien Droit, et qu'on retrouve dans l'art. 385 du Code Napoléon, peuvent très-bien s'appliquer à la maladie qui a précédé la déconfiture ou la faillite du débiteur. L'induction que l'on croit pouvoir tirer de la différence de ces deux locutions est d'autant moins concluante que la relation intime qui existe entre le n° 3 et le n° 2 de l'art. 2101, et la suite des idées qui y sont exprimées, autorisent à dire que, dans la pensée des rédacteurs de cet article, les termes « la dernière maladie » ont dû indiquer la maladie dont le débiteur est mort. Grenier, II, 302. Pardessus, III, 1194. Valette, n° 27. Massé, *Droit commercial*, IV, 2938. Zachariæ, § 260, texte et

Le privilége dont il est ici question couvre toute espèce de dépenses faites dans le cours et pour le traitement de la maladie dont le débiteur est mort, quelle qu'en soit d'ailleurs l'importance.

Quant aux dettes contractées pour satisfaire de simples fantaisies, elles ne jouissent du privilége, qu'autant qu'elles ne sont pas hors de proportion avec la condition du défunt, et que les fantaisies du malade ont été provoquées par la nature même de la maladie[17].

Si le débiteur est mort à la suite d'une maladie chronique, il paraît conforme à l'esprit de la loi de restreindre le privilége aux dépenses faites depuis l'époque où la maladie s'est aggravée au point de le menacer d'une mort prochaine[18].

4° *Les salaires des gens de service.*

Les termes *gens de service* désignent ceux qui engagent leur travail ou leur industrie, pour un temps déterminé et moyennant des gages fixes, au service, soit d'une personne, soit d'un ménage, ou

note 8. Civ. rej., 21 novembre 1864, Sir., 65, 1, 25. — M. Troplong (I, 137) accorde un privilége pour les frais de la maladie dont le débiteur a guéri, mais dans le cas seulement où cette maladie était encore dans toute sa gravité au moment de la faillite ou de la déconfiture. MM. Duranton (XIX, 64), Taulier (VII, p. 124) et Pont (n° 78) admettent le privilége, même sans cette restriction, et bien que la maladie du débiteur eût cessé avant sa faillite ou sa déconfiture.

[17] Persil, sur l'art. 2101, § 3, n° 1. — M. Pont (n° 78) refuse tout privilége à des dépenses qui auraient eu pour objet de satisfaire de simples fantaisies. Mais, outre qu'il serait souvent difficile de distinguer de pareilles dépenses de celles que la maladie exigeait, ou qui pouvaient être utiles, il est certain qu'il y a telles fantaisies de malade qui sont déterminées par la maladie même, et il nous paraîtrait contraire à l'esprit de la loi de refuser le privilége aux dépenses faites pour les satisfaire.

[18] Persil, sur l'art. 2101, § 3. Valette, n° 27, 3e question. Zachariæ, § 260, note 8. — MM. Duranton (XIX, 54) et Troplong (I, 137) enseignent, au contraire, que le privilége couvre indistinctement, et sans séparation d'époques ou de périodes, tous les frais de la maladie chronique qui a amené la mort du débiteur. M. Pont (n° 77) professe le même sentiment, mais en restreignant néanmoins le privilége aux créances qui ne seraient pas prescrites aux termes de l'art. 2272. Cette restriction tient à l'idée, inexacte selon nous, que l'on doit combiner avec l'art. 2101 les art. 2271 et 2272 relatifs à la prescription de certaines catégories de créances, que le premier de ces articles déclare privilégiées. Cpr. texte *in fine*, et note 36 *infra*.

d'une exploitation rurale, c'est-à-dire les domestiques proprement dits, les portiers, les valets de ferme, les pâtres, etc.[19]. Mais ils ne s'appliquent pas aux ouvriers ou gens de travail à la journée, encore qu'ils soient employés habituellement dans la même maison, et qu'ils ne recoivent leur salaire qu'à la fin du mois, ou même de l'année[20]. Ils ne s'appliquent pas, d'un autre côté, aux secrétaires, précepteurs et bibliothécaires[21], ni aux commis ou

[19] La signification des termes *gens de service* n'étant pas déterminée d'une manière précise par l'usage, on pourrait à la rigueur les appliquer à tous ceux qui, en engageant leurs services moyennant des gages fixes, se placent, d'une manière plus ou moins absolue, sous l'autorité de celui chez lequel ils sont entrés en condition, et qui devient pour eux maître, chef, ou principal. Voy. en ce sens : Zachariæ, § 260, texte et note 9. Cette interprétation toutefois ne nous paraît pas devoir être admise. Dans l'ancien Droit, le privilége dont il s'agit n'existait qu'en faveur des domestiques proprement dits, c'est-à-dire des gens attachés au service personnel des maîtres ou à celui du ménage ; et c'est aussi au profit des domestiques seuls que l'art. 11 de la loi du 11 brumaire an VII l'avait consacré. Si, à cette qualification traditionnelle, les rédacteurs du Code ont substitué celle de *gens de service*, on peut et on doit en conclure qu'ils ont entendu accorder la faveur du privilége à tous ceux qui, rendant des services d'une nature analogue, se trouvent dans les mêmes conditions de pauvreté et de dépendance, notamment aux gens attachés à une exploitation rurale. Mais il n'est pas permis d'en induire qu'ils aient voulu étendre le privilége à des services d'une nature plus relevée, qui ne placent pas ceux qui les rendent dans une dépendance aussi absolue. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que l'une des principales considérations qui ont porté le législateur à déclarer privilégiées les créances mentionnées aux trois derniers numéros de l'art. 2101, c'est que ces créances, d'une importance peu considérable d'ordinaire, représentent des services indispensables aux familles ; l'on se mettrait donc en opposition avec l'esprit de la loi, en étendant le privilége à des créances d'une importance beaucoup plus grande, et dont la cause ne présenterait plus le même caractère de nécessité. Nous ajouterons que la loi du 28 mai 1838, qui est venue assimiler les salaires des ouvriers et commis du failli aux salaires des gens de service, pour leur accorder un privilége analogue à celui qu'établit l'art. 2101, a pour ainsi dire déterminé législativement la véritable portée des expressions *gens de service*. Cpr. note 23 *infra*. Valette, nos 28 à 31. Pont, nos 79 et 80.

[20] Grenier, II, 303. Zachariæ, § 260, note 9. Bourges, 14 février 1823, Sir., 23, 2, 326. Civ. cass., 10 février 1829, Sir., 29, 1, 101. Paris, 1er août 1834, Sir., 34, 2, 619. Paris, 24 avril 1837, Sir., 37, 2, 225. Lyon, 6 mai 1842, Sir., 42, 2, 405. Pau, 17 février 1866, Sir., 66, 2, 289. Cpr. Troplong, I, 142. Voy. cep. Rouen, 27 août 1825, Sir., 26, 2, 225.

[21] Valette, no 33, 2e question. Pont, no 82. Voy. en sens contraire : Troplong, I, 142 ; Zachariæ, *loc. cit.*

clercs de fonctionnaires administratifs ou d'officiers ministériels[22].

Le privilége attaché aux salaires des gens de service est restreint aux gages de l'année échue et à ceux de l'année courante, c'est-à-dire de l'année dans laquelle a lieu le décès, la déclaration de faillite, ou la déconfiture du débiteur. Il existe, dans cette mesure, en faveur des individus qui louent leurs services à l'année, comme au profit de ceux qui les engagent au mois ou au trimestre.

La loi du 28 mai 1838, sur les faillites, a déclaré privilégiés, au même rang que les gages des gens de service, les salaires dus aux ouvriers de fabrique ou autres, employés directement par le failli, pour le mois qui a précédé la déclaration de faillite, ainsi que les appointements dus aux commis, pour les six mois qui ont précédé cette déclaration. Code de commerce, art. 549[23].

Le privilége établi, soit par l'art. 2101, n° 4, du Code Napoléon, soit par l'art. 549 du Code de commerce, ne peut, en cas de faillite du directeur d'un théâtre, être réclamé par les acteurs qui y sont attachés[24].

[22] Pont, n° 81. Aix, 21 mars 1844, Sir., 45, 2, 147. Civ. cass., 15 janvier 1855, Sir., 55, 1, 257.

[23] La question de savoir si les ouvriers de fabrique ou les commis de négociants rentraient dans la classe des gens de service, et jouissaient, comme tels, du privilége en cas de faillite, avait été vivement controversée. La loi du 28 mai 1838 (Code de commerce, art. 549), en accordant aux ouvriers et aux commis, un privilége placé au même rang que le privilége établi par le n° 4 de l'art. 2101, a implicitement donné raison à l'opinion qui refusait le privilége. La rédaction même de l'article précité prouve que, dans la pensée de ses auteurs, il ne s'agissait pas seulement de régler un privilége déjà virtuellement établi par le Code Napoléon, mais de créer un privilége qui n'existait pas encore.

[24] En effet, les artistes dramatiques ne sauraient être rangés dans la classe des gens de service. Cpr. note 19 *supra*. D'un autre côté, il ne paraît pas possible de les assimiler aux commis et ouvriers du failli, auxquels seuls la loi du 28 mai 1838 a accordé un privilége analogue à celui des gens de service. La condition précaire des artistes dramatiques serait, nous le reconnaissons, un motif pour le législateur de leur attribuer un privilége; mais tant qu'il ne le leur aura pas formellement accordé, on doit s'en tenir au principe fondamental que les priviléges ne sont susceptibles d'aucune extension. Lacan et Paulmier, *Législation des théâtres*, I, 346. Demangeat sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 581, à la note. Vien, *Revue de Droit commercial*, 1864, II, p. 229. Aix, 10 mars 1861, Sir., 62, 2, 9. Paris, 20 juin 1863, Sir., 63, 2, 254. Req. rej., 24 février 1864, Sir., 64, 1, 59. Voy. en sens contraire : Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Engagement d'acteur, n° 215; Agnel, *Code des artistes dramatiques*, n° 205; Vivien et Blanc, *Législation des théâtres*, n° 270; Montpellier, 20 mars 1862, Sir., 62, 2, 270.

5° *Les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille, savoir, pendant les six derniers mois par les marchands en détail, et pendant la dernière année par les maîtres de pension et marchands en gros.*

Toutes les fournitures de denrées ou de marchandises nécessaires, soit à l'alimentation du débiteur et de sa famille, soit au chauffage, à l'éclairage, et, en général, à la consommation journalière du ménage, sont des fournitures de subsistances[25]. Mais ce caractère ne saurait être attribué, ni aux vêtements livrés au débiteur ou aux membres de sa famille[26], ni bien moins encore aux livres, papiers, plumes, et autres objets de cette nature fournis par les maîtres de pension à leurs élèves[27].

La famille du débiteur comprend, dans cette matière, non-seulement ses enfants, mais encore ses autres parents ou alliés vivant avec lui, comme membres de la famille dont il est le chef. Elle comprend de même les gens de service[28].

Les fournitures faites à un aubergiste ou à un maître de pension ne sont privilégiées que dans la proportion de ce qui a dû servir à la consommation du débiteur et de sa famille[29].

Le privilége doit d'ailleurs être restreint aux fournitures que, d'après la condition du débiteur, les marchands qui les ont faites, ont pu, de bonne foi, considérer comme nécessaires à son entretien et à celui de sa famille[30].

La période de six mois ou d'un an, pour laquelle la loi accorde un privilége aux fournitures de subsistances, est celle qui a précédé immédiatement la mort du débiteur, la déclaration de sa faillite[31],

25 Les objets de cette nature sont des accessoires indispensables des denrées alimentaires, et rentrent, comme ces dernières, sous la dénomination de *subsistances*. Valette, n° 35, 1re question. Pont, n° 92.

26 Le mot *subsistances* n'a pas, dans notre langue, une signification aussi étendue que le mot *alimenta* en latin. Il paraît impossible d'y comprendre les habillements. Valette et Pont, *locc. citt.* Zachariæ, § 260, texte et note 10.

27 Troplong, I, 147. Pont, *loc. cit.* Voy. cep. Merlin, *Rép.*, v° Pension, § 1; Grenier, II, 304.

28 Persil, sur l'art. 2101, § 5, n° 4. Valette, n° 35, 2e question. Pont, n° 92.

29 Pont, *loc. cit.* Zachariæ, § 260, note 11. Rouen, 14 juillet 1819, Sir., 19, 2, 270. Lyon, 14 décembre 1833, Sir., 33, 2, 169.

30 Merlin, *Rép.*, v° Privilége, sect. III, § 1, n° 6. Favard, *Rép.*, v° Privilége, sect. I, § 1, n° 7. Pont, *loc. cit.*

31 Rouen, 31 août 1867, Sir., 68, 2, 230.

ou sa déconfiture devenue notoire[32]. Les fournisseurs n'auraient point de privilége à réclamer pour des livraisons faites à une époque plus reculée, encore que dans l'intervalle il fût intervenu un règlement de compte entre eux et le débiteur[33], ou qu'ils eussent formé contre lui une action en justice[34].

Les fournitures de subsistances faites par des individus non marchands, ne jouissent d'aucun privilége[35].

Les priviléges établis par l'art. 2101, comme tous les priviléges, supposent, pour leur exercice, des créances susceptibles d'être opposées aux autres créanciers. Mais l'expiration des délais fixés, par les art. 2271 et 2272, pour la prescription de plusieurs des catégories de créances mentionnées dans l'art. 2101, n'emportant pas, comme la prescription ordinaire, une présomption absolue de libération, n'entraîne pas non plus, immédiatement et par elle-même, l'extinction des priviléges attachés à ces créances. Il resterait toujours au créancier privilégié, auquel on opposerait la prescription, la ressource de déférer le serment purgatoire admis par l'art. 2275[36].

32 MM. Valette (n° 35) et Pont (n° 91) pensent que, dans le cas de déconfiture d'un non-commerçant, c'est la production faite par le créancier, conformément à l'art. 660 du Code de procédure civile qui forme le point de départ pour compter, en remontant en arrière, l'année ou les six derniers mois. Cette opinion ne nous paraît pas devoir être suivie. L'époque de l'ouverture de la distribution, par contribution sur le débiteur tombé en déconfiture, n'a rien de fixe ; elle dépend du plus ou moins de diligence des créanciers, et ne saurait, par cela même servir à régler le sort des priviléges. La seule époque à laquelle on puisse se placer pour apprécier les prétentions contradictoires des créanciers, que la déconfiture de leur débiteur commun a mis aux prises les uns avec les autres, est celle où la déconfiture s'est révélée par la saisie de son mobilier. C'est d'après les droits de chacun d'eux à ce moment, que devront être répartis les deniers qui proviendront de la réalisation de ce mobilier, et dont la loi ordonne la consignation pour leur compte commun. Nous ne comprendrions pas que tel marchand qui, pour ses fournitures de subsistances, aurait obtenu collocation par privilége, si la distribution des deniers avait pu avoir lieu immédiatement après la saisie, se trouvât complétement ou partiellement déchu de son privilége, par cela seul que la distribution n'a été ouverte que plus tard ; et bien moins encore que ce privilége pût être restreint par suite de nouvelles fournitures faites par d'autres marchands.

33 Duranton, XIX, 63. Pont, n° 91. Bordeaux, 28 août 1844, Sir., 45, 2, 497.

34 Limoges, 9 juin 1842, Sir., 43, 2, 10. Cpr. cep. Duranton et Pont, *locc. citt.*

35 Persil, sur l'art. 2101, § 5. Grenier, II, 304. Troplong, I, 147 *bis*. Duranton, XIX, 65. Pont, n° 89. Zachariæ, § 260, note 11.

36 MM. Valette (n°s 33 et 35) et Pont (n°s 77, 86, 90) enseignent, au con-

§ 261.

II. *Des priviléges sur certains meubles.*

Les créances auxquelles le Code Napoléon a attaché un privilége sur certains meubles sont les suivantes :

1° *Les créances résultant de baux de maisons ou de biens ruraux*[1]. Art. 2102, n° 1.

traire, que le créancier est, après l'expiration des délais fixés par les art. 2271 et 2272, déchu de tout privilége, à moins que le cours de la prescription n'ait été régulièrement interrompu ; et ce, par le motif que ces articles doivent être combinés avec l'art. 2101, dont ils forment le complément légal. En partant de ces idées, ces auteurs font remarquer que le n° 4 de l'art. 2101 n'est pas en parfaite harmonie avec l'al. 5 de l'art. 2272, et décident, ce qui est plus grave, que les gens de service qui se sont engagés au mois ou au trimestre, et dont la créance se prescrit par six mois aux termes de l'art. 2271, ne peuvent réclamer de privilége pour les salaires de l'année échue, qu'autant qu'ils ont conservé leur créance au moyen de l'interruption de la prescription. Toute cette théorie nous paraît être le résultat d'une application erronée de l'art. 2225. Que l'on ne puisse, au préjudice d'autres créanciers, faire figurer dans une distribution de deniers ou dans un ordre, une créance frappée de prescription, alors qu'il s'agit d'une prescription qui, emportant une présomption absolue de libération, élève contre l'action du créancier une fin de non-recevoir péremptoire, cela se comprend, puisqu'il ne doit pas dépendre du débiteur de renoncer, aux dépens d'autres créanciers, à une exception de cette nature. Tel est le sens et l'objet de l'art. 2225, qui ne peut recevoir d'application aux prescriptions établies par les art. 2271 et 2272. Ces prescriptions, en effet, ne sont acquises au débiteur qu'à la charge de prêter le serment dont parle l'art. 2275 ; et le créancier, à qui l'une de ces prescriptions serait opposée par d'autres créanciers, ne peut être privé, par cela seul, de la faculté de déférer ce serment à son débiteur ou à ses représentants. D'un autre côté, le débiteur qui ne contesterait pas l'existence de la dette, ne saurait être considéré comme renonçant à une prescription définitivement acquise. Ces observations nous paraissent d'autant plus importantes, que la réalisation et la distribution de l'actif mobilier du débiteur commun souffre souvent des retards indépendants de la volonté des créanciers ; et que, dans le système que nous combattons, des créanciers privilégiés dont les créances sont d'ordinaire de peu d'importance, seraient obligés, pour échapper à la déchéance de leur privilége, d'engager des procès contre le débiteur ou ses représentants, alors cependant qu'ils auraient la conviction que ceux-ci ne contesteront pas leurs réclamations. Or, un pareil résultat est, à notre avis, contraire à l'esprit de la loi. Cpr. Bordeaux, 14 février 1849, Sir., 49, 2, 500.

[1] Cpr. LL. 3, 4 et 7, D. *in quib. caus. pign.* (20, 2). Coutume de Paris, art. 161 et 171. Code de proc., art. 819 et suiv.

Le privilége attaché à de pareilles créances appartient à tous ceux qui ont donné à bail des maisons ou des biens ruraux [2], soit comme propriétaires, soit comme usufruitiers, ou même comme locataires principaux [3].

Toutefois, comme il repose sur un nantissement tacite ou présumé, il n'existe qu'à la condition de la possession ou détention des immeubles loués : il s'évanouit, d'une manière absolue, et à l'égard de toutes personnes indistinctement, dès que, par suite de vente ou de cession du bail, le propriétaire ou le locataire principal s'est dessaisi de ces immeubles au profit de l'acquéreur ou du cessionnaire [4].

Le privilége du locateur d'une maison porte sur *tout ce qui la garnit* [5], c'est-à-dire sur tous les meubles corporels qui y sont

[2] Le locataire d'une maison ou d'une usine qui, en la sous-louant, aurait compris dans la sous-location des meubles ou machines à lui appartenants, n'aurait aucun privilége pour le loyer de ces objets. Grenoble, 20 février 1843, Sir., 44, 2, 11.

[3] En effet, l'art. 2102, n° 1, déclare privilégiés les loyers et fermages comme tels, sans exiger qu'ils soient dus au propriétaire lui-même. C'est au fait de la location, et non au droit de propriété, qu'il attache la garantie spéciale du privilége. On objecterait en vain que le dernier alinéa du n° 1 de l'art. 2102 ne parle que *du propriétaire*, car il est évident que ce terme n'y est employé que d'une manière purement énonciative. Cpr. Code de proc., art. 819. Ferrière, *Corps et compilation de tous les commentateurs*, II, 1040, 1042 et 1049. Merlin, *Rép.*, v° Privilége, sect. III, § 2, n° 3. Persil, sur l'art. 2102, n° 24. Chauveau sur Carré, n° 2793. Troplong, I, 152. Martou, II, 388. Pont, n° 117. Zachariæ, § 261, texte et note 2.

[4] Martou, II, 389. Zachariæ, *loc. cit.* — Il a été jugé, en conséquence du principe énoncé au texte, que celui qui a cessé d'être propriétaire ou locataire principal, n'a plus le droit de former une saisie-gagerie pour loyers échus, soit avant l'aliénation de l'immeuble loué, soit avant la cession ou la résiliation du bail principal. Nîmes, 30 janvier 1820, Sir., 20, 2, 105. Orléans, 23 novembre 1838, Sir., 39, 2, 427. Cpr. Req. rej., 14 février 1827, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VIII, 1, 527; Paris, 12 janvier 1848, Sir., 48, 2, 129. Voy. en sens contraire : Caen, 2 juin 1851, *Journ. du Pal.*, 1853, 1, 482.

[5] La coutume de Paris (art. 161) et celle d'Orléans (art. 108) avaient soumis au privilége du locateur : *tous les biens étant dans la maison — tous les meubles qu'il trouve en son hôtel*; et l'interprétation de ces textes avait fait naître de nombreuses controverses. Les rédacteurs du Code n'ont pas employé des termes aussi larges : les expressions dont ils se sont servis, en établissant le privilége «sur le prix de tout ce qui *garnit* la maison louée ou la ferme», ne comprennent évidemment pas tout ce qui *se trouve* dans les localités louées. C'est là un point

placés à demeure, soit pour la commodité et l'agrément de l'habitation, soit pour servir aux usages domestiques ou à l'exercice de la profession du locataire, soit comme faisant partie d'une collection de livres, de tableaux, ou de médailles. Il affecte même les objets placés à temps seulement dans la maison louée, et pour être consommés ou vendus, notamment les marchandises faisant partie du commerce du locataire [6].

Les objets qui rentrent dans l'une ou l'autre de ces catégories sont soumis au privilége, peu importe qu'ils restent constamment en évidence, comme les meubles meublants, ou qu'ils soient ordinairement tenus renfermés, comme la vaisselle d'argent [7].

Mais le privilége ne s'étend, ni au numéraire, ni aux bijoux à l'usage personnel des locataires, ni, à plus forte raison, aux titres de créance [8], ou aux brevets d'invention [9].

Il ne s'étend pas davantage à l'indemnité due, en cas d'incendie, au locataire qui a fait assurer son mobilier ou son risque locatif [10],

généralement reconnu ; mais il y a encore divergence d'opinions sur la question de savoir si certains objets mobiliers doivent être considérés comme garnissant la maison louée, et par suite comme soumis au privilége. Martou, II, 407.

6 En effet, tous les objets qui rentrent dans l'une ou l'autre de ces catégories *garnissent*, eu égard à leur destination et à la condition du locataire, les localités louées. On peut dire qu'ils ont un rapport direct, et en quelque sorte nécessaire, avec l'habitation du locataire dans la maison louée. Aussi les propositions émises au texte sont-elles communément admises. Zachariæ, § 261, note 5.

7 *Lex non distinguit.* La circonstance que la vaisselle d'argent ou d'autres objets destinés aux usages domestiques sont ordinairement tenus sous clef, n'empêche pas que ces objets ne fassent partie de ce qui garnit la maison louée. Valette, n° 55. Pont, n° 121.

8 Troplong, I, 150. Valette, *loc. cit.* Martou, II, 408. Zachariæ, § 261, texte et note 7. — M. Pont (*loc. cit.*), tout en reconnaissant que le numéraire et les titres de créance ne sont pas soumis au privilége, enseigne le contraire en ce qui concerne les bijoux et pierreries à l'usage personnel des locataires. Mais ces objets, pas plus que le numéraire, ne peuvent être considérés comme *garnissant* la maison louée. Ils n'ont aucun rapport nécessaire avec l'habitation du locataire dans cette maison, puisqu'ils ne servent, ni à l'exercice de sa profession, ni aux usages domestiques, ni à l'exploitation des localités louées.

9 Lyon, 26 décembre 1863, Sir., 64, 2, 232.

10 Alauzet, *Traité des assurances*, II, 452. Req. rej., 20 décembre 1859, Sir., 60, 1, 24. Req. rej., 31 décembre 1862, Sir., 63, 1, 531. Voy. en sens contraire : Pouget, *Dictionnaire des assurances*, v° Action directe, n° 3, et v° Privilége, n° 2 ; Paris, 13 mars 1837, Sir., 37, 2, 370. Cpr. aussi : Paris, 24 mars

ni à l'indemnité allouée au locataire pour privation de jouissance, au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique [11].

En matière de bail à ferme, le locataire a privilége, non-seulement sur les meubles qui garnissent la ferme et sur tout ce qui sert à l'exploitation rurale [12], mais encore sur les fruits et récoltes de l'année.

Le privilége spécial sur les fruits et récoltes de l'année [13] appartient à tout locateur de biens ruraux, que le bail comprenne ou ne comprenne pas des bâtiments de ferme. Dans le premier cas, il n'est pas subordonné à la condition que les récoltes soient déposées dans les bâtiments loués : il peut s'exercer, par voie de saisie-brandon, sur les fruits et récoltes pendants par branches ou par racines ; et il affecte les produits déjà récoltés, alors même qu'ils ont été déposés dans des bâtiments appartenant à un tiers [14], à la

1855, Sir., 56, 2, 157. — Le bailleur pourrait sans doute imposer au locataire l'obligation de faire assurer son mobilier ou son risque locatif, et se faire subroger au bénéfice de l'indemnité à laquelle celui-ci aurait éventuellement droit. Mais, en l'absence d'une pareille subrogation, cette indemnité ne constitue qu'une créance personnelle au locataire, et forme, à ce titre, le gage commun de tous ses créanciers.

[11] La Cour de Rouen a cependant jugé le contraire par arrêt du 12 juin 1863 (Sir., 63, 2, 175). Cette décision, fondée sur le rapprochement des art. 1741 du Code Napoléon et 18 de la loi du 3 mai 1841, ne nous paraît pas admissible. De ce que le bailleur aurait été en droit de faire prononcer la résolution pour défaut de paiement du loyer, il ne résulte nullement que, ne l'ayant pas fait, l'indemnité due au locataire pour privation de jouissance puisse être réclamée par le bailleur en son nom personnel, ou doive lui être attribuée à l'exclusion des autres créanciers.

[12] La Cour d'Aix a, par arrêt du 30 mars 1865 (Sir., 65, 2, 333), accordé un privilége au bailleur d'un terrain vague, sur les échafaudages qu'y avait établis le preneur. Cette solution nous paraît fort contestable. Le sens du mot *ferme*, employé dans l'art. 2102, se trouve restreint aux bâtiments d'habitation et d'exploitation, par le terme *maison* qui le précède immédiatement. C'est d'ailleurs évidemment forcer la signification de l'expression *garnir*, que de l'appliquer à des échafaudages sur un terrain nu.

[13] Ce privilége, distinct de celui qui porte sur ce qui garnit la maison louée ou la ferme, ne repose pas, comme ce dernier, sur un nantissement tacite ou présumé. Il est fondé sur ce que le locateur est censé n'avoir abandonné les fruits futurs des immeubles loués qu'à la condition du paiement des fermages, et en avoir ainsi, en quelque sorte, retenu la propriété. Troplong, I, 158. Valette, n° 94. Pont, n° 123. Zachariæ, § 261, texte et note 6.

[14] Cpr. art. 1767. Persil, sur l'art. 2102, § 1, n° 9. Grenier, II, 312. Trop-

charge, toutefois, du privilége du locateur de ces bâtiments[15]. Que si les fruits ou récoltes avaient été serrés dans des dépendances de la ferme, ils seraient soumis au privilége du locateur de la ferme à un double titre, c'est-à-dire, tant à raison de leur origine, que comme objets garnissant la ferme ; et, sous ce dernier rapport, il n'y aurait même plus de distinction à faire entre les fruits ou récoltes de l'année et ceux des années précédentes[16].

En cas de sous-location, le privilége du bailleur originaire s'étend aux meubles et aux fruits ou récoltes des sous-locataires, mais seulement dans la mesure de l'action directe qui lui compète contre eux[17]. Sous la réserve du privilége du bailleur originaire, les meubles, ainsi que les fruits ou récoltes des sous-locataires, sont affectés au privilége du sous-locateur, de la même manière que ceux d'un locateur ou fermier direct le sont au privilége du propriétaire ou de l'usufruitier[18].

Les objets qui, d'après ce qui précède, sont soumis au privilége du locateur, comme garnissant la maison louée ou la ferme, y sont affectés, bien qu'ils appartiennent à des tiers, et qu'ils n'aient été livrés au locataire ou fermier qu'à titre précaire, par exemple, à titre de commodat, de bail à loyer, ou de dépôt volontaire[19].

long, I, 159 et 165 *bis*. Valette, n° 94. Pont, n° 123. Poitiers, 30 décembre 1823, Sir., 25, 4, 49. — Il peut s'élever de sérieuses difficultés sur l'application du privilége du bailleur dans le cas où le fermier cultivant, avec les immeubles loués par ce bailleur, des biens dont il est lui-même propriétaire ou qu'il tient à ferme d'autres personnes, toutes ses récoltes se trouvent déposées dans les mêmes bâtiments. En pareil cas, les tribunaux auraient à déterminer, d'après les données ou éléments ressortant des circonstances de la cause, la portion du prix total des récoltes sur laquelle porterait le privilége.

15 Voy. les autorités citées à la note précédente.

16 Troplong, Valette et Pont, *locc. citt.*

17 Cpr. art. 1753, et Code de proc., art. 820 ; § 368, texte *in fine*. Troplong, I, 151 *bis*. Pont, n° 119. Martou, II, 419. Req. rej., 2 avril 1806, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, 1, 231.

18 Code de proc., art. 819.

19 Arg. art. 2279, al. 1er, cbn. art. 1813 et 2102, n° 4. Cpr. § 183, texte n° 6 et note 36. Merlin, *Rép.*, v° Privilége, sect. III, § 2, n° 4. Delvincourt, III, p. 272. Persil, sur l'art. 2102, § 1, n° 2. Grenier, II, 311. Troplong, I, 151. Valette, n° 56. Martou, II, 411. Zachariæ, § 261, texte et note 8. Paris, 26 mai 1814, Sir., 15, 2, 227. Civ. rej., 9 août 1815, Sir., 20, 1, 469. Grenoble, 4 août 1832, Sir., 33, 2, 74. Douai, 19 février 1848, Sir., 48, 2, 743.

Cette proposition souffre cependant exception dans les trois cas suivants :

a. Lorsqu'il s'agit d'objets volés ou perdus. Dans ce cas, le tiers propriétaire peut, pendant trois ans, à compter du jour du vol ou de la perte, revendiquer ces objets au préjudice du locateur du bâtiment où ils ont été placés [20].

b. Lorsque, dès avant l'introduction dans les bâtiments loués d'effets appartenant à des tiers, le locateur a eu connaissance des droits de ces derniers [21]. Il importe même peu qu'il en ait été averti par une notification régulière, émanée du propriétaire de ces effets, ou qu'il en ait été informé par toute autre voie [22]. Mais la connaissance qu'il n'aurait obtenue de ce fait qu'après l'introduction de pareils objets dans les bâtiments loués, ne ferait pas obstacle à l'exercice du privilége, même pour les loyers à écheoir [23].

c. Quand il est question d'objets qui, par suite d'un dépôt nécessaire, ont été momentanément placés dans les bâtiments loués, ou qui, à raison de la profession ou de l'industrie du locataire, lui ont été passagèrement confiés, soit pour les réparer, façonner, ou manufacturer, soit pour les transporter en un autre lieu, soit enfin pour les vendre au compte du propriétaire. C'est ce qui a lieu à l'égard des effets déposés par des voyageurs dans une hôtellerie, du linge remis à une blanchisseuse, des étoffes confiées à un tailleur, de toutes matières premières livrées à un artisan ou à un fabricant pour être mises en œuvre, enfin, des marchandises placées en consignation chez un commissionnaire [24].

[20] Arg. art. 2279, al. 2. Martou, II, 418.

[21] Arg. art. 1813 et 2102, n° 2, al. 3. Aix, 30 mars 1865, Sir., 65, 2, 333.

[22] Troplong, I, 151. Valette, n° 55. Pont, n° 122. Martou, II, 415. Zachariæ, § 261, note 6. Req. rej., 31 décembre 1833, Sir., 34, 1, 852. Lyon, 13 mars 1848, Sir., 49, 2, 326. Cpr. aussi : note 24 *infra*. — Il en est ainsi du cheptel livré au fermier, comme de tous autres objets appartenant à des tiers. *Nec obstat* art. 1813 : Req. rej., 7 mars 1843, Sir., 43, 1, 285. Cpr. Bordeaux, 16 mars 1849, Sir., 49, 2, 328.

[23] M. Pont (n° 119) pense que le tiers propriétaire serait fondé à réclamer la restitution du mobilier à lui appartenant, en offrant de payer tous les loyers échus et un terme à écheoir. Mais cette restriction du privilége du locateur ne se justifie pas suffisamment, à notre avis, par les considérations d'équité invoquées pour la faire admettre. Paris, 26 mai 1814, Sir., 15, 2, 227.

[24] Les objets mobiliers, qui rentrent dans ces diverses catégories, ne sauraient être considérés comme garnissant les lieux loués, dans le sens qui s'attache à

Le privilége du bailleur a pour objet de garantir l'exécution complète du bail. Il s'applique non-seulement aux loyers ou fermages, mais encore aux autres obligations du preneur, telles que les réparations locatives, les indemnités pour détériorations survenues par sa faute, les contributions que le bailleur a payées à sa décharge, et les avances qui lui ont été faites en vertu des clauses du bail [25].

Ce privilége, qui de sa nature est destiné à assurer le paiement des loyers et fermages pendant toute la durée du bail, couvre indistinctement tous les termes échus et non prescrits [26], peu importe que le bail soit purement verbal, ou que l'écrit qui le constate n'ait point acquis date certaine [27].

cette expression. D'ailleurs le propriétaire doit, à raison des circonstances dans lesquelles a eu lieu l'introduction de pareils objets, ou à raison de la profession du locataire, être présumé avoir su que ce dernier n'en était pas propriétaire. Troplong, I, 151. Valette, n° 56. Pont, n° 122. Martou, II, 417. Req. rej., 22 juillet 1823, Sir., 23, 1, 420. Poitiers, 30 juin 1825, Sir., 25, 2, 432. Civ. rej., 25 mars 1826, Sir., 26, 1, 390. Paris, 31 mai 1827, Sir., 28, 2, 127. Paris, 2 mars 1829, Sir., 29, 2, 213. Req. rej., 31 décembre 1833, Sir., 34, 1, 852. Paris, 18 décembre 1848, Sir., 48, 2, 766. Voy. cep. Paris, 5 mai 1828, Sir., 28, 2, 219.

25 Grenier, II, 389. Duranton, XIX, 96. Persil, sur l'art. 2102, § 1, n° 27. Troplong, I, 151. Martou, II, 402 à 404. Zachariæ, § 261, texte et note 11. Douai, 18 avril 1850, Sir., 51, 2, 77. — Le privilége existe-t-il également pour les avances faites au fermier dans le cours du bail et en vue de la bonne exploitation des terres? Voy. pour l'affirmative : Troplong, *loc. cit.*; Duranton, XIX, 97; Valette, n° 60; Martou, II, 405; Angers, 27 août 1821, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 471; Limoges, 26 août 1848, Sir., 49, 2, 34. Voy. pour la négative : Grenier et Persil, *locc. citt.*

26 Le privilége sur les meubles qui garnissent une maison louée, est cependant restreint à six mois de loyers, en tant qu'il s'agit de l'opposer à l'administration des contributions indirectes. Décret du 1er germinal an XIII, art. 47. Cpr. Civ. rej., 26 janvier 1852, Sir., 52, 1, 122. Voy. aussi : § 263 *bis*, texte, lett. *c*.

27 La restriction que le deuxième alinéa du n° 1 de l'art. 2102 a apportée au privilége du locateur, quant aux baux verbaux ou sans date certaine, ne s'applique, d'après le motif sur lequel elle repose, comme d'après le texte de la loi, qu'aux loyers à écheoir. En établissant cette restriction, le législateur n'a entendu, ni punir le bailleur qui aurait laissé s'accumuler plusieurs termes de loyers, ni prévenir les fraudes que pourraient commettre le bailleur et le preneur en dissimulant des paiements faits par ce dernier : ce qui le prouve, c'est que, relativement aux baux ayant date certaine, il a maintenu le privilége pour tous les loyers échus indistinctement, alors cependant que le reproche de négligence

Mais, en ce qui concerne les loyers ou fermages à écheoir, l'exercice du privilége est soumis à la distinction suivante. Si le bail est constaté par acte authentique ou par un acte sous seing privé ayant reçu date certaine antérieurement à la saisie des meubles du

aurait également pu s'adresser au bailleur, et que les mêmes dangers de collusion étaient à craindre. Ce que les rédacteurs du Code ont voulu empêcher, c'est un concert entre le bailleur et le preneur pour assigner au bail, au préjudice des autres créanciers, une durée plus longue que celle qu'il devait avoir en réalité, fraude qu'il eût été difficile, et souvent impossible, de découvrir et de prouver. En vain dit-on que le bailleur et le preneur peuvent aussi se concerter pour élever le prix des loyers, ou pour imposer à celui-ci d'autres obligations purement fictives; que dès lors le législateur a dû également chercher à prévenir ou à déjouer de pareilles combinaisons. Il est, en effet, certain que, s'il y avait une exagération de quelque importance dans les conditions du bail, telles qu'elles sont alléguées, la fraude serait facilement établie, soit par la notoriété des valeurs locatives d'après l'usage suivi dans le pays, soit au moyen d'une expertise. Quant au texte de la loi, il paraît décisif sur la question : les termes, *pour une année à partir de l'expiration de l'année courante,* qui se trouvent dans le deuxième alinéa du n° 1 de l'art. 2102, indiquent clairement que le législateur n'a voulu régler que le sort des loyers à écheoir, sans s'occuper, ni de ceux de l'année courante, ni de ceux des années précédentes, loyers qui, les uns et les autres, jouissent du privilége attaché aux loyers et fermages en général, par cela seul qu'il ne leur a pas été retiré. Voy. aussi : Code de proc., art. 661 et 819. Duranton, XIX, 92. Troplong, I, 156. Demangeat sur Bravard, *Traité de droit commercial,* V, p. 140, à la note. Zachariæ, § 261, texte et note 10. Civ. cass., 28 juillet 1824, Sir., 25, 1, 54. Req. rej., 6 mai 1835, Sir., 35, 1, 433. Grenoble, 28 décembre 1838, Sir., 39, 2, 356. Douai, 29 août 1842, Sir., 43, 2, 416. Lyon, 28 avril 1847, Sir., 48, 2, 129. Metz, 6 janvier 1859, Sir., 59, 2, 129. Voy. en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. III, § 2, n° 5; Grenier, II, 309; Persil, sur l'art. 2102, § 1, n° 22; Delvincourt, III, p. 273; Valette, n° 63; Pont, n° 127; Bordeaux, 17 décembre 1839, Sir., 40, 2, 202. L'opinion de ces auteurs se fonde principalement sur la discussion au Conseil d'État, discussion qui semble, en effet, lui prêter un certain appui, mais qui, néanmoins, n'est pas assez précise pour être considérée comme décisive. Elle n'a pas d'ailleurs abouti à une résolution définitive, mais à un simple renvoi à la Section de législation, et les procès-verbaux subséquents n'indiquent pas quelle a été la suite donnée à ce renvoi. Voy. Locré, *Lég.*, XVI, p. 241, n° 11. Nous ajouterons que les partisans de l'opinion que nous combattons, d'accord entre eux pour refuser tout privilége aux loyers ou fermages arriérés, ne le sont plus sur le point de savoir si ceux de l'année *courante* sont ou non privilégiés. D'après Tarrible et Grenier, le privilége a lieu uniquement pour l'année qui suit l'année courante ; d'après Persil, Delvincourt, MM. Valette et Pont, il existe également pour l'année courante.

preneur, ou au jugement qui l'a déclaré en faillite[28], le bailleur a le droit de se faire colloquer par privilége, pour la totalité des loyers à écheoir pendant tout le temps du bail qui reste à courir. Si, au contraire, le bail est purement verbal, ou s'il ne se trouve constaté que par un acte sous signatures privées dont la date n'est devenue certaine que postérieurement aux époques ci-dessus indiquées, le privilége n'a lieu que pour l'année courante et celle qui la suit.

Lorsque le bailleur a obtenu collocation pour un ou plusieurs termes à écheoir, les autres créanciers sont autorisés à relouer la maison ou la ferme, et à faire leur profit des loyers ou fermages[29], à la charge toutefois de payer au bailleur tout ce qui lui serait encore dû, faute de quoi ce dernier peut demander la résiliation du bail pour tout le temps dont les loyers ne lui auraient pas été soldés[30].

[28] Caen, 20 janvier 1864, Sir., 64, 2, 269. Cpr. Duranton, XIX, 89.

[29] La loi ne confère expressément aux créanciers la faculté de relocation, que dans le cas où le bail est constaté par un acte ayant date certaine. Mais, comme cette faculté est une compensation accordée aux créanciers à raison du préjudice que leur cause le propriétaire, en se faisant colloquer pour des loyers ou fermages à écheoir, elle est indépendante de la forme du bail, et doit exister toutes les fois, et par cela seul, que le propriétaire obtient un paiement anticipé. On ne saurait, d'ailleurs, admettre que, par suite de la déconfiture du preneur, le bailleur pût, tout à la fois, toucher les loyers ou fermages et conserver la jouissance de l'immeuble. Valette, n° 64. Pont, n° 128. Martou, II, 396.

[30] On enseigne généralement que les créanciers qui veulent relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail, ne sont point tenus de payer, par anticipation, au bailleur, tout ce qui lui restera dû sur les loyers ou fermages à écheoir, et qu'il suffit qu'ils procurent un nouveau locataire dont le mobilier garantisse ces loyers ou fermages, avec engagement personnel de leur part de les acquitter à mesure des échéances. Voy. en ce sens : Duranton, XIX, 91; Valette, n° 64; Mourlon, n° 95; Pont, n° 129; Martou, II, 400; Zachariæ, § 261, texte et note 9. Nous ne saurions partager cette opinion, qui n'a pour elle qu'un faux semblant d'équité, et qui, nous le croyons, est aussi contraire au texte du n° 1 de l'art. 2102, qu'aux principes généraux du Droit. En effet, les termes « à la charge de payer au propriétaire *tout ce qui lui sera encore dû* », expriment d'autant plus nettement l'idée d'un règlement complet, comme condition préalable de la relocation, qu'en accordant aux créanciers le droit de relouer l'immeuble, l'art. 2102, n° 1, ajoute *et de faire leur profit des baux ou fermages*, ce qui suppose qu'ils ont d'avance désintéressé le bailleur. D'un autre côté, ce dernier ne pourrait, en bonne règle, être forcé d'accepter comme débiteurs, au lieu et place du preneur, des créanciers peut-être nombreux, et entre lesquels la dette se diviserait dans la proportion de leur intérêt. Il faut enfin ne pas perdre de vue

Si de leur côté les créanciers trouvaient onéreuse une relocation à faire pour tout le temps que le bail doit courir, ils pourraient en limiter la durée au temps pour lequel le bailleur aura reçu d'avance les loyers ou fermages[31].

La faculté de relocation leur appartient alors même qu'une clause spéciale a interdit la cession du bail ou la sous-location[32].

Du reste, elle ne leur est accordée que dans le cas où le bailleur a obtenu le paiement de termes non encore échus, et ne peut par suite être exercée, quand, à défaut de ce paiement, le bailleur provoque la résiliation du bail[33].

qu'il s'agit, non d'une sous-location, mais d'une relocation, que les créanciers sont autorisés à faire pour leur compte, dans le cas même où le bail porte interdiction de la faculté de sous-louer. C'est du reste en ce sens que se prononce la jurisprudence. Voy. les arrêts cités à la note 34 *infra*.

31 De ce que la loi autorise les créanciers à relouer la maison ou la ferme, *pour le restant du bail*, dans le cas même où le bailleur n'a pas obtenu une collocation portant sur la totalité des loyers ou fermages à écheoir, on aurait tort de conclure qu'il ne leur est pas permis de proportionner la durée de la relocation au temps pour lequel le bailleur a été payé par anticipation. Cette conclusion serait en contre-sens de l'esprit de la loi, et son admission aurait pour résultat de rendre illusoire, dans beaucoup de cas, la faculté de relocation. En effet, si, comme cela a lieu le plus souvent, la maison ou la ferme ne devait être relouée que pour un loyer ou fermage inférieur à celui du bail, les créanciers seraient obligés de parfaire la différence de leurs propres deniers, ce qui pourrait leur enlever tout le bénéfice de la relocation, ou même la leur rendre onéreuse. En vain objecte-t-on qu'il ne doit pas être permis aux créanciers de scinder le bail, et que, pour pouvoir en profiter, ils doivent l'accepter pour sa toute durée. Cette objection n'aurait de valeur que si les créanciers, agissant comme ayants-cause du preneur, puisaient le droit de relocation dans le bail. Mais il n'en est point ainsi : ce droit leur est accordé par la loi, en dehors des stipulations de ce contrat, et en compensation du préjudice que leur cause le bailleur en demandant une collocation pour des termes non encore échus. L'objection porte donc à faux. Persil, sur l'art. 2102, § 1, n° 18. Mourlon, n° 96. Pont, n° 129. Civ. rej., 4 janvier 1860, Sir., 60, 1, 17. Voy. en sens contraire : Duranton, XIX, 91 ; Valette, n° 64; Martou, II, 399.

32 La clause ne serait pas opposable aux créanciers, puisqu'ils exercent un droit qui leur est propre et qu'ils ne puisent pas dans le bail. Voy. la note précédente. Persil, sur l'art. 2102, § 1, n° 20. Grenier, II, 309. Duranton, XIX, 90. Troplong, I, 155. Valette, n° 64. Pont, n° 128. Martou, II, 397. Req. rej., 28 décembre 1858, Sir., 59, 1, 425. Voy. en sens contraire : Paris, 24 février 1825, Dalloz, 1826, 2, 208.

33 Il en est incontestablement ainsi, lorsque le bail porte défense de sous-

Les règles qui viennent d'être développées doivent recevoir leur application au cas de faillite, comme au cas de simple déconfiture. Le bailleur, porteur d'un bail authentique ou qui a acquis date certaine avant le jugement déclaratif de faillite, est autorisé à demander la résiliation du bail, à partir du temps pour lequel il n'a pas été payé des loyers à écheoir, alors même que le syndic ayant cédé à la même personne et le fonds de commerce et le droit au bail, les lieux loués resteraient garnis comme ils l'étaient avant la faillite[34], ou qu'il offrirait de donner caution pour sûreté de tous les loyers à écheoir[35].

louer ; mais en serait-il de même dans l'hypothèse contraire ? MM. Valette et Pont (*locc. citt.*) pensent qu'en l'absence de clause prohibitive de la sous-location, les créanciers seraient autorisés, en vertu de l'art. 1166, à sous-louer l'immeuble pour le restant du bail, sans être obligés d'offrir au bailleur le paiement immédiat des loyers à écheoir. Mais, à notre avis, l'art. 1166 ne saurait être invoqué dans l'hypothèse dont il s'agit. Il est certain que le preneur ne peut user de la faculté de sous-louer qu'en restant personnellement obligé au paiement des loyers. Or, comme le bailleur ne saurait être contraint à accepter pour débiteurs, les créanciers du preneur devenu insolvable, ces derniers se trouvent dans l'impossibilité de remplir la condition sous laquelle seule la faculté de sous-louer peut être exercée. Martou, II, 401.

[34] Desjardins, *Revue critique*, 1866, XXIX, p. 1. Req. rej., 22 avril 1851, Sir., 51, 1, 646. Paris, 2 mai 1857, Sir., 57, 2, 727. Civ. rej., 7 décembre 1858, et Req. rej., 28 décembre 1858, Sir., 59, 1, 423 et 425. Civ. cass., 28 mars 1865, Sir., 65, 1, 201. Orléans, 5 août 1865, Sir., 65, 2, 283. Voy. en sens contraire : Masse, *Droit commercial*, IV, 2954 ; Pont, n° 124 ; Demangeat sur Bravard, V, p. 141, à la note ; Thiercelin, *Revue critique*, 1867, XXX, p. 37 ; Mourlon, *Revue pratique*, 1867, XXIII, p. 385 ; Rouen, 23 décembre 1864, Sir., 65, 1, 201, à la note. A l'appui de cette dernière opinion, on a essayé de soutenir que la créance du bailleur pour les loyers non encore échus, n'est point une créance à terme tombant sous l'application des art. 1188 du Code Nap., et 444 du Code de commerce, mais simplement une créance éventuelle ou tout au plus conditionnelle, qui ne prend naissance ou qui ne s'ouvre qu'au fur et à mesure de l'accomplissement de l'obligation qui incombe au bailleur de faire jouir le preneur. Mais cette manière de voir, qui est contraire au caractère synallagmatique du contrat de louage, a d'ailleurs le tort de voir dans l'accomplissement de l'obligation successive du bailleur de faire jouir le preneur, une condition suspensive de sa créance, tandis que le défaut d'accomplissement de cette obligation ne forme en réalité qu'une cause de résiliation.

[35] Req. rej., 28 décembre 1858, Sir., 59, 1, 425. Voy. en sens contraire : Pardessus, *Droit commercial*, IV, 1128 ; Troplong, *Du louage*, II, 467 ; Duvergier, *Du louage*, II, 538. Ces auteurs, qui ne se sont occupés de la question

La seule restriction que reçoivent les droits du bailleur en cas de faillite est celle qu'indique l'art. 450 du Code de commerce[36].

Le privilége du locateur n'a pas seulement pour effet, comme les priviléges mobiliers en général, de donner un droit de préférence sur le prix des objets qui en sont grevés. Il autorise, en outre, le locateur à suivre entre les mains des tiers possesseurs, même de bonne foi[37], et à revendiquer ou à frapper de saisie ceux de ces objets qui auraient été déplacés sans son consentement exprès ou tacite[38]. Art. 2102, n° 1, al. 5.

Le locateur est censé avoir consenti d'avance à l'aliénation, lorsqu'il s'agit de choses qui, telles que des marchandises ou des récoltes, sont d'après leur nature destinées à être vendues, et ne peut, par conséquent, revendiquer des choses de cette espèce, quand de fait elles ont été livrées à un acheteur de bonne foi[39].

D'un autre côté, le locateur ne serait pas admis à exercer son droit de revendication sur des objets quelconques aliénés par le

qu'au point de vue des principes généraux sur la résolution des contrats, n'ont pas suffisamment tenu compte de la disposition de l'art. 2102, qui, donnant au bailleur le droit d'exiger le paiement immédiat de tous les loyers à écheoir, lui accorde virtuellement, et par cela même, celui de demander, en cas de non-paiement, la résiliation du bail. Prétendre que ce droit peut être neutralisé par l'offre d'une caution, c'est introduire dans la loi une restriction qu'elle n'a point admise. Les arrêts de la Cour de cassation (Req. rej., 16 décembre 1807, Sir., 8, 2, 162) et de la Cour de Paris (14 août 1825, Sir., 26, 2, 34), ordinairement cités à l'appui de l'opinion que nous combattons, ne statuent pas sur la question, puisque dans les espèces où ils ont été rendus, le bailleur ne demandait la résiliation du bail qu'à défaut de caution.

36 D'après un projet de loi resté à l'état de rapport, à la fin de la session de 1869, l'art. 450 du Code de commerce devrait recevoir une rédaction nouvelle, qui, pour le cas de faillite, soumettrait à de notables restrictions le privilége du bailleur, et qui lui enlèverait même le droit de demander, à raison de la faillite seule, la résiliation du bail.

37 L'opinion de Grenier (II, 311), d'après lequel la revendication ne pourrait être exercée au préjudice d'un tiers possesseur de bonne foi, a été généralement rejetée. Martou, II, 435. Zachariæ, § 261, texte et note 13.

38 Le consentement tacite s'induirait de la circonstance que l'enlèvement des meubles a eu lieu au vu du locateur, et sans opposition de sa part. Persil, sur l'art. 2102, § 1, n° 3. Valette, n° 67. Pont, n° 131. Zachariæ, § 261, texte et note 12. Cpr. Poitiers, 17 février 1834, Sir., 35, 2, 124.

39 Persil, *loc. cit.* Troploug, I, 163. Valette et Pont, *locc. citt.* Martou, II, 434. Zachariæ, § 261, note 13. Cpr. Lyon, 24 février 1836, Sir., 36, 2, 414.

preneur, si le mobilier restant dans la ferme ou dans la maison louée présentait encore une valeur suffisante pour garantir pleinement l'exécution du bail[40].

Le droit de suite, attaché au privilége du bailleur, ne dure que quarante jours, à compter du déplacement[41], s'il s'agit du mobilier d'une ferme, et quinze jours, s'il est question du mobilier garnissant une maison.

Lorsque le possesseur d'objets déplacés par le locataire ou fermier, les a achetés dans une foire ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le bailleur ne peut les revendiquer qu'en remboursant au possesseur le prix qu'ils lui ont coûté[42].

Le privilége s'éteint par la perte de la possession, non suivie de

[40] Arg. art. 1752. Persil, sur l'art. 2102, § 1, n° 4. Grenier, II, 311. Troplong, I, 164. Valette, n° 67. Martou, II, 436. Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, n° 2798. Zachariæ, *loc. cit.* Req. rej., 8 décembre 1806, Sir., 7, 1, 52. Rouen, 30 juin 1846, Sir., 47, 2, 540. Voy. cep. en sens contraire : Mourlon, n° 164; Pont, I, 132; Paris, 2 octobre 1806, Sir., 7, 2, 30; Poitiers, 28 janvier 1819, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 15. Cette opinion exagère la portée de la loi, et permettrait au locateur de faire, d'un privilége uniquement destiné à garantir ses intérêts légitimes et qui, par cela même, ne doit pas dépasser la mesure de ces intérêts, un instrument de tracasseries et de vexations contre le locataire.

[41] Troplong, I, 161. Zachariæ, § 261, texte et note 14. Si le preneur et le tiers possesseur avaient employé des moyens frauduleux pour empêcher que le déplacement ne vînt à la connaissance du locateur, le délai ne commencerait à courir que du jour où ce dernier en aurait été informé. Persil, sur l'art. 2102, § 1, n° 2. Duranton, XIX, 100. — MM. Valette (n° 67) et Pont (I, 131) rejettent cette modification, et veulent que le délai de la revendication commence invariablement à courir du jour de l'enlèvement des meubles. Ces auteurs ne nous paraissent pas s'être rendu suffisamment compte de la diversité des circonstances qui peuvent se présenter. Que le locataire et le tiers possesseur aient pris des précautions plus ou moins habiles pour soustraire l'enlèvement des meubles à la connaissance du propriétaire ou de ses préposés, que, par exemple, ils aient opéré l'enlèvement au milieu de la nuit, ces précautions, qui se prennent habituellement en pareil cas, ne constitueront point des moyens frauduleux dans le sens de la matière qui nous occupe. Mais si l'on avait corrompu le portier ou le surveillant pour obtenir son silence, ou même son concours, il y aurait, de la part du tiers, une fraude qui se rattacherait directement au délai de la revendication, et qui ne permettrait plus d'en reporter le commencement au jour même du déplacement des meubles.

[42] Arg. *a fort.* art. 2280. Duranton, XIX, 100. Valette et Pont, *locc. citt.*

revendication dans le délai utile ; mais il ne s'éteint pas par la vente seule, non suivie de déplacement[43].

En aucun cas, le bailleur n'est admis à s'opposer à la saisie et à la vente, par d'autres créanciers, des objets soumis à son privilége[44]. Mais aussi le déplacement des objets ainsi vendus n'entraîne-t-il pas déchéance du privilége. Il en est de même, lorsque la vente a été faite par un administrateur chargé de réaliser les biens du débiteur dans l'intérêt commun des créanciers, par exemple, par le syndic d'une faillite, par l'héritier bénéficiaire, ou par le curateur d'une succession vacante[45].

2° *Les sommes dues par les semences ou pour les frais de la récolte de l'année, et celles qui sont dues pour ustensiles.*

Les premières sont privilégiées sur les fruits de la récolte de l'année, et les secondes, sur les ustensiles dont le prix reste dû[46]. Le privilége, dans l'un et l'autre cas, prime celui du bailleur. Art. 2102, n° 1, al. 4.

Le privilége relatif aux sommes dues pour semences ou pour frais de récolte, ne s'applique point au prix des engrais, soit ordinaires, soit extraordinaires, employés par le fermier, lors de l'ensemencement, ou à une époque antérieure quelconque[47]. A plus

[43] Martou, II, 420, 421 et 423. Limoges, 26 août 1848, Sir., 49, 2, 322. Cpr. aussi : Paris, 28 décembre 1832, Sir., 32, 2, 48 ; Lyon, 24 février 1836, Sir., 36, 2, 414.

[44] Code de proc., art. 609. Martou, II, 437. Civ. cass., 16 août 1814, Sir., 15, 1, 93.

[45] Martou, II, 422. Poitiers, 4 mars 1863, Sir., 64, 2, 31.

[46] Le privilége attaché aux sommes dues pour ustensiles, porte uniquement sur ces ustensiles, et ne peut être exercé sur la récolte de l'année, sous le prétexte que l'achat ou la réparation d'instruments aratoires rentre dans les frais de récolte. Civ. cass., 12 novembre 1839, Sir., 39, 1, 916.

[47] *Privilegia sunt strictissimæ interpretationis.* Les termes *semences* et *frais de récolte* ont une signification précise et restreinte. Ils ne comprennent pas indistinctement toutes les fournitures faites pour les besoins de la culture et en vue de la récolte ; ils se réfèrent, d'une manière exclusive, aux sommes dues pour les semences, qui forment la condition première de toute récolte, et aux frais que la rentrée des récoltes doit nécessairement occasionner. Ces frais et le prix des semences étant, en général, peu élevés, le législateur a pu, sans trop ébrècher le privilége du bailleur, les déclarer privilégiés par préférence même à ce dernier ; et il y avait justice à le faire. Mais ces considérations ne s'appliquent point aux engrais fournis au fermier, engrais qui souvent sont employés en vue de la

forte raison, ne saurait-il être étendu aux prix de barriques fournies au fermier pour loger la récolte de vins de l'année[48].

Le privilége pour frais de récolte appartient à tous ceux qui, en une qualité quelconque, par exemple, comme journaliers, domestiques, ou valets, ont été employés ou préposés à l'ensemencement des terres, ou à la levée des récoltes, sans qu'on puisse, en ce qui concerne les journaliers, les écarter sous le prétexte qu'ayant négligé de réclamer au fur et à mesure le paiement de leurs journées de travail, ils auraient suivi la foi du fermier[49].

3° *La créance garantie par un gage dont le créancier est nanti.* Art. 2102, n° 2[50].

4° *Les frais faits pour la conservation d'une chose mobilière.* Art. 2102, n° 3.

Le privilége établi pour de pareils frais s'applique aux meubles incorporels, aussi bien qu'aux meubles corporels. Il existe notamment au profit de ceux qui ont fait des avances pour assurer la conservation ou le recouvrement d'une créance[51].

On doit comprendre parmi les frais de conservation, privilégiés comme tels, tous ceux sans lesquels la chose eût péri en entier ou en partie, et même ceux sans lesquels elle serait devenue impropre à l'usage qui lui donne sa valeur[52]. Quant aux simples frais d'amélioration, qui n'ont eu d'autre objet que d'augmenter l'utilité

culture de plusieurs années, et dont le prix, quelquefois fort élevé, pourrai absorber la valeur entière de la récolte d'une année. Zachariæ, texte et note 16. Caen, 28 juin 1837, Sir., 37, 2, 495. Req. rej., 9 novembre 1857, Sir., 58, 1, 49. Amiens, 2 mai 1863, Sir., 63, 2, 122. Douai, 21 janvier 1865, Sir., 66, 2, 237. Voy. en sens contraire : Pont, I, 134 ; Martou, II, 444.

48 Le vendeur n'a de privilége que sur les barriques elles-mêmes. Voy. en sens contraire : Zachariæ, *loc. cit.;* Bordeaux, 2 août 1831, Sir., 32, 2, 158.

49 Duranton, XIX, 99. Valette, n° 96. Martou, II, 443. Pont, n° 134. Civ. cass., 27 juin 1807, Sir., 7, 1, 289. Paris, 23 juin 1812, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, 4, 2, 139.

50 Cpr. art. 2073 et suiv. ; § 433. — Les dispositions du Code Napoléon sur le gage ont été notablement modifiées par la loi du 23 mai 1863, qui forme le nouveau titre VI du liv. I du Code de commerce.

51 Pont, n° 139. Zachariæ, § 261, note 19. Paris, 16 juillet 1831, Sir., 31, 2, 260. Civ. rej., 13 mai 1835, Sir., 35, 4, 707.

52 Pont, n° 140. Cpr. Bruxelles, 17 juin 1809, Sir., 14, 2, 145 ; Paris, 8 avril 1834, Sir., 34, 2, 307 ; Rouen, 23 mars 1844, Sir., 45, 2, 137 ; Angers, 8 octobre 1848, Sir., 49, 2, 91.

et la valeur de la chose, ils ne jouissent pas du privilége[53], et ne peuvent donner lieu, le cas échéant, qu'à l'exercice d'un droit de rétention[54].

Le privilége dont il s'agit ici, fondé sur le motif que le travail ou l'argent du créancier *salvam fecit totius pignoris causam*, n'est pas subordonné, pour son exercice, à la condition que celui-ci se trouve en possession de la chose. Il suffit que le débiteur en soit demeuré propriétaire, ou même que le prix de vente lui en reste dû, et soit à distribuer entre ses créanciers[55].

5° *Le prix de vente d'effets mobiliers non payés.* Art. 2102, n° 4[56].

Le vendeur d'effets mobiliers non encore payés a privilége sur le prix de ces effets, peu importe que la vente ait été faite au comptant ou à terme.

Ce privilége appartient au vendeur de meubles incorporels,

53 Quoique de puissants motifs d'équité militent en faveur de l'opinion contraire, elle n'en doit pas moins être rejetée, par la raison péremptoire que les priviléges sont de droit étroit et ne peuvent recevoir aucune extension d'un cas à un autre. Il est, d'ailleurs, évident que le privilége pour frais d'amélioration d'une chose mobilière, ne pourrait jamais porter que sur l'augmentation de valeur procurée à la chose ; et si le législateur avait voulu l'admettre, il n'aurait pas manqué d'en régler l'exercice au moyen de mesures semblables à celles qu'il a prescrites pour le privilége des architectes on entrepreneurs. En l'absence de données certaines sur l'état de la chose antérieurement à l'époque où elle a reçu des réparations ou changements, il serait impossible de déterminer, d'une manière régulière au regard des autres créanciers, le montant de la mieux-value. Persil, sur l'art. 2102, § 3, n° 2. Troplong, I, 176. Duranton, XIX, 115. Valette, n° 82. Pont, n° 141. Martou, II, 459. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 314; Zachariæ, § 261, texte et note 19; Battur, I, 49; Colmar, 7 mars 1812, Sir., 12, 2, 300.

54 La plupart des arrêts cités aux notes 11 et 19 du § 256 *bis* semblent attribuer un véritable privilége à l'ouvrier qui a réparé ou façonné des choses mobilières ; mais comme ils en subordonnent l'exercice à la condition que l'ouvrier en soit resté saisi, ils ne lui reconnaissent en réalité qu'un droit de rétention.

55 Tous les priviléges, autres que ceux qui se rattachent à un nantissement exprès ou tacite, sont susceptibles d'être exercés sur le prix de vente des objets qui y sont soumis, tant que ce prix, restant encore dû au débiteur commun, est à distribuer entre ses créanciers. Cpr. § 256, et note 63 *infra*. Zachariæ, § 261, texte et note 20. Voy. en sens contraire : Martou, II, 456.

56 Voy. sur le droit de résolution et le droit de revendication dont jouit également le vendeur d'effets mobiliers : § 356.

comme au vendeur de meubles corporels[57], et notamment au cédant d'une créance[58], de l'achalandage d'un fonds de commerce[59], ou d'un office ministériel[60].

En cas de cession d'un office, le privilége porte bien moins sur le titre même de l'office, que sur la valeur pécuniaire du droit de transmission, droit que le titulaire ou ses héritiers sont autorisés à exercer par voie de présentation d'un successeur[61].

Lorsque l'acheteur a revendu à un tiers de bonne foi les objets par lui acquis, le fait même de la revente, quoique non encore suivi de tradition réelle, empêche le vendeur primitif de frapper ces objets de saisie au préjudice du second acheteur[62].

57 *Lex non distinguit.* Arg. art. 535 cbn. 527 et 529. Merlin, *Quest.*, v° Privilége, § 1. Delvincourt, III, p. 275. Duranton, XIX, 126. Troplong, I, 187. Valette, n° 86. Pont, n° 147. Martou, II, 466. Zachariæ, § 261, note 22. Cpr. aussi les autorités citées aux notes suivantes. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2102, § 4, n° 4.

58 Civ. cass., 28 novembre 1827, Sir., 28, 1, 12.

59 Paris, 8 février 1834, Sir., 34, 2, 87. Paris, 1er décembre 1834, Sir., 35, 2, 87. Voy. en sens contraire : Paris, 26 novembre 1833, Sir., 33, 2, 594.

60 Orléans, 12 mai 1829, Sir., 29, 2, 169. Lyon, 9 février 1830, Sir., 30, 2, 227. Req. rej., 16 février 1831, Sir., 31, 1, 74. Paris, 11 décembre 1834, Sir., 35, 2, 112. Toulouse, 14 décembre 1850, Sir., 51, 2, 102, et 12 juillet 1851, Sir., 51, 2, 559. Voy. en sens contraire : Rouen, 29 décembre 1847, Sir., 48, 2, 69. — Le privilége de l'ancien titulaire d'un office n'existe qu'autant que sa créance résulte d'un acte écrit, antérieur à la nomination de son successeur, et qui établit régulièrement les conditions de la cession. Une convention postérieure, ou un jugement arbitral portant fixation du prix de cession, ne suffirait point pour constituer le privilége. Civ. cass., 23 janvier 1843, Sir., 43, 1, 121.

61 C'est un point qu'il ne faudrait jamais perdre de vue quand on s'occupe du privilége du cédant en matière de cession d'offices. Les offices mêmes ne sont point une propriété et ne constituent pas un élément de patrimoine des titulaires : ce qui est dans leur patrimoine, c'est la valeur pécuniaire du droit de présentation, et c'est cette valeur qui seule peut faire l'objet d'une convention intéressée et d'un privilége.

62 Suivant la doctrine commune, adoptée par Zachariæ (§ 261, note 23), le vendeur peut, en cas de revente, frapper de saisie les objets par lui vendus, tant qu'ils n'ont pas été réellement livrés au second acheteur. Mais cette doctrine nous paraît contraire aux principes du Code Napoléon sur la transmission de la propriété mobilière. D'après ces principes, la propriété des meubles corporels se transfère par le seul effet de la convention, sauf seulement les droits des tiers possesseurs ou des créanciers nantis. Les autres créanciers ne sont pas autorisés

Mais, au regard des créanciers du premier acheteur, le privilége subsiste malgré la revente, même suivie de tradition, de telle sorte que le vendeur non payé est admis à le faire valoir sur le prix de la seconde vente, tant que ce prix n'a pas été versé au premier acheteur ou cédé par lui, ni judiciairement attribué à d'autres créanciers. Il en est ainsi, même au cas d'une revente purement volontaire, et faite sans enchères publiques [63].

à frapper de saisie les meubles vendus par leur débiteur, bien qu'il ne les ait pas encore livrés; et quand de fait ils les ont fait saisir, l'acheteur peut en poursuivre la revendication. Cpr. § 174, texte et note 7; § 349, texte *in fine*. Cela étant, il faudrait, pour permettre au premier vendeur de saisir, au préjudice d'un second acheteur, les meubles par lui vendus, attribuer à son privilége un véritable droit de suite, sans lequel il n'y a point d'action possible contre cet acheteur, devenu propriétaire indépendamment de toute tradition. En vain argumente-t-on des termes de la loi, *s'ils sont encore en la possession de l'acheteur*, pour dire que la vente ne peut, par elle-même, porter atteinte au privilége du vendeur, privilége qui subsiste dans toute son énergie, tant que les objets qui y sont soumis restent dans la possession du premier acquéreur. Cette argumentation prend le texte de la loi au rebours de son esprit. En effet, il s'agit ici d'une condition restrictive de l'existence du privilége, et de ce que son maintien est subordonné à la condition que l'acheteur reste possesseur des objets qui y sont soumis, il n'en résulte pas le moins du monde que, malgré la revente de ces objets, le privilége continue de subsister avec tous ses effets, tant que l'acheteur qui les a revendus ne s'en est pas dessaisi. D'ailleurs, en cas de revente, le premier acheteur a-t-il bien encore, au regard du second, la possession dans le sens de l'art. 2102? En vain aussi objecte-t-on, que la translation de la possession d'un meuble peut seule faire disparaître les droits antérieurement acquis à des tiers. Cette proposition est exacte, sans doute, en tant qu'il s'agit de droits qui, comme la propriété ou le nantissement, ont un caractère plus ou moins prononcé de réalité; mais quand on l'applique au privilége du vendeur, on fait une véritable pétition de principe, puisque la question est précisément de savoir, si ce privilége a la vertu d'une affectation réelle, et si, par suite, il l'emportera sur le droit de propriété de l'acheteur, par cela seul que ce dernier ne sera point encore en possession effective. Nous ajouterons que la difficulté qui vient d'être examinée, ne concerne pas uniquement le privilége du vendeur d'effets mobiliers : elle se présente également pour les autres priviléges spéciaux, à l'exception de ceux qui se rattachent à un nantissement exprès ou tacite, ainsi que pour les priviléges généraux; et, en envisageant la question eu égard à toutes ces applications, nous nous trouvons confirmés dans la solution que nous avons adoptée.

63 Les priviléges sur les meubles, destitués en général du droit de suite, ne peuvent aboutir qu'à une préférence sur le prix des objets qui en sont grevés, prix qui se substitue forcément à ces objets, et qui les représente quant à l'exercice du privilége. Le débat entre les créanciers ne peut s'élever qu'après la vente des

Si le privilége peut s'exercer sur le prix encore dû de la première revente, prix qui, sous ce rapport, se trouve forcément

choses sur lesquelles une ou plusieurs d'entre eux prétendent exercer des priviléges ; et ce débat demeure naturellement ouvert aussi longtemps que le prix de vente, restant dû au débiteur commun, est à distribuer entre ses créanciers. Si l'art. 2102, n° 4, subordonne le privilége du vendeur à la condition que les objets vendus se trouvent encore dans la possession de l'acheteur, cette disposition n'est qu'une application particulière de la règle que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, et doit s'entendre dans le sens de cette règle, qui ne concerne que les tiers possesseurs ou les créanciers nantis. Entre les autres créanciers, il ne peut être question que de la répartition de la valeur des biens du débiteur commun, et il suffit qu'il possède encore cette valeur, pour que chacun d'eux puisse réclamer sur elle les droits de préférence qui lui compètent. Refuser l'exercice du privivilége quant au prix des choses qui y étaient soumises, sous le prétexte que ces choses ne sont plus dans la possession du débiteur, ce serait en réalité nier le privilége ou le rendre illusoire. Aussi la proposition énoncée au texte est-elle généralement admise, lorsqu'il s'agit de la distribution du produit, soit d'une vente opérée par suite de saisie, soit d'une vente faite par un administrateur agissant pour le compte de tous les créanciers, par exemple, par le syndic d'une faillite, par un héritier bénéficiaire, ou par un curateur à succession vacante. Elle n'a été contestée, que nous sachions, que pour les ventes faites de la main à la main par le débiteur lui-même. Mais la distinction que l'on prétend établir entre ces ventes et celles de la première espèce, nous paraît manquer de fondement. On n'essaie pas de la justifier par les termes de l'art. 2102, *s'ils sont encore en la possession du débiteur :* on comprend que l'argument prouverait trop, puisque l'acheteur se trouve dépossédé par une vente faite d'autorité de justice, aussi bien que par une vente faite à l'amiable. On dit que la fixation du prix ne saurait être abandonnée à la discrétion du débiteur, qu'il doit être déterminé aux enchères publiques, et qu'une vente faite de la main à la main ne garantirait pas, d'une manière convenable, les intérêts des autres créanciers. Cette argumentation ne tend à rien moins qu'à subordonner l'exercice du privilége à une condition que le législateur n'a pas songé à établir, et n'est au fond qu'un reproche d'imperfection ou d'imprévoyance adressé à la loi. Qui ne voit d'ailleurs que la circonstance que l'acheteur aurait revendu, au-dessous de leur valeur réelle, les objets par lui acquis, ne saurait jamais être un motif pour dénier au vendeur, d'une manière absolue, tout droit de préférence, et pourrait tout au plus donner lieu à une contestation sur la somme à laquelle il aurait droit à titre de privilége. En définitive, quand, après une revente à l'amiable faite par l'acheteur, le prix a été frappé d'opposition par le vendeur lui-même ou par tout autre créancier, et qu'une distribution est ouverte pour la répartition de ce prix (ce qu'il faut supposer pour que la question puisse se présenter), aucune objection sérieuse ne s'élève contre l'exercice du privilége. Mourlon, n° 119. Pont, n° 149. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2102, § 4, n° 1 ; Valette, n° 86 ; Martou, II, 475.

substitué à la chose, il ne peut jamais l'être sur le prix de reventes ultérieures [64].

Ces diverses propositions reçoivent d'importantes applications en matière de cession d'offices.

Ainsi, lorsqu'un office a fait l'objet de deux cessions successives, le titulaire originaire peut faire valoir son privilége sur le prix de la seconde cession ; et, pour en assurer l'exercice, il a le droit de former opposition entre les mains du second cessionnaire, bien que les termes de paiement par lui accordés ne soient pas encore échus [65].

Mais son privilége reste sans application possible, lorsque le second cessionnaire, en l'absence de toute opposition, a payé son prix au premier, ou que celui-ci en a disposé sans fraude, par voie de transport ou autrement [66] ; et cela, encore que le paiement ou le transport ait été opéré avant la prestation de serment, ou même avant la nomination du second cessionnaire [67].

Ce privilége, d'ailleurs, est restreint au prix de la première revente de l'office, et ne s'étend point à celui des cessions subséquentes, encore que le cessionnaire en troisième ordre soit resté débiteur du cessionnaire en second ordre, son cédant. En pareil cas, le premier cessionnaire a bien privilége sur le prix encore dû de la revente passée par son successeur ; mais sa créance privilégiée forme le gage commun de tout ses créanciers, sans aucun droit de préférence pour le cédant primitif [68].

64 Cette question n'ayant été soulevée qu'à l'occasion des cessions d'offices, nous nous bornerons à renvoyer pour les développements à la note 68 *infra*.

65 Req. rej., 16 février 1831, Sir., 31, 1, 74. Paris, 1er décembre 1840, et Amiens, 27 août 1844, Sir., 45, 2, 560 et 561. Bourges, 1er mars 1844, Sir., 47, 2, 232. Paris, 26 avril 1850, Sir., 50, 2, 388. Civ. cass., 13 juin 1853, Sir., 53, 1, 497. Caen, 8 août 1865, Sir., 66, 2, 224.

66 Civ. cass., 1er mars 1859, Sir., 59, 1, 402. Civ. cass., 20 juin 1860, Sir., 60, 1, 597. Civ. rej., 18 juillet 1860, Sir., 60, 1, 599.

67 Req. rej., 8 novembre 1842, Sir., 42, 1, 929. Civ. cass., 15 janvier 1845, Sir., 45, 1, 84. Req. rej., 16 janvier 1849, Sir., 49, 1, 282. Req. rej., 11 décembre 1855, Sir., 56, 1, 112. Civ. cass., 21 juin 1864, Sir., 64, 1, 347. Pau, 6 juillet 1864, Sir., 65, 2, 109.

68 Orléans, 3 juillet 1847, Sir., 48, 2, 74. Paris, 28 janvier et 24 mai 1854, Sir., 54, 2, 305. Caen, 8 juillet 1857, Sir., 58, 2, 1. Civ. cass., 8 août 1860, Sir., 60, 1, 845. Voy. en sens contraire : Pont, n° 151. Cpr. aussi : Paris, 23 mai 1838, Sir., 38, 2, 364. M. Pont estime que du moment où l'on admet que le privilége du vendeur d'un office n'est pas éteint par la dépossession de son suc-

Lorsque l'acheteur a donné en gage, à un de ses créanciers, les objets mobiliers dont il doit encore le prix, le privilége du vendeur n'est pas éteint par l'effet de ce nantissement ; mais le créancier nanti sera préféré au vendeur, à supposer qu'il ait reçu le gage de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance des droits de ce dernier[69].

Le privilége du vendeur ne peut, de même, être exercé au préjudice du locateur de la maison ou de la ferme dans laquelle les objets vendus ont été placés. Le locateur doit être payé de préférence, à moins que le vendeur ne prouve que ce dernier savait, au moment où ces objets ont été transportés chez lui, que le prix en était encore dû[70]. Art. 2102, n° 4, al. 3.

Les changements de forme que les objets vendus, restés en la possession de l'acheteur, auraient reçus entre ses mains, n'ont pas pour conséquence d'anéantir le privilége du vendeur, si d'ail-

cesseur immédiat, et qu'il subsiste sur le prix de la revente faite par celui-ci, on est logiquement et forcément conduit à reconnaître que le privilége doit affecter de même le prix des reventes ultérieures. Mais c'est là une erreur dans laquelle cet auteur n'a pu tomber qu'en étendant, sans s'en douter, aux cessions d'offices la disposition du second alinéa de l'art. 2103, disposition qui est la conséquence du droit de suite inhérent au privilége en matière de vente d'immeubles. La subrogation du prix de la première revente d'un office est forcée pour l'exercice du privilége, et s'explique par cette considération bien simple, que si, après la revente, le premier cessionnaire ne possède plus le droit de présentation, il possède du moins encore, sous la forme d'une créance privilégiée à l'encontre des créanciers du second cessionnaire, la valeur de ce droit, valeur qui, entre ses mains, peut et doit rester affectée au privilége. Cpr. note 63 *supra*. En cas d'une seconde revente, au contraire, ce n'est plus le premier cessionnaire, mais bien le second qui détient la valeur du droit de présentation ; et il est évident que le privilége du titulaire primitif ne pourrait frapper cette valeur qu'autant que le droit de présentation serait, en vertu d'un droit de suite, resté affecté à sa créance entre les mains du second cessionnaire.

69 Valette, n° 85. Pont, n° 151. Mourlon, n° 118. Martou, II, 478. Zachariæ, § 261, note 23. — M. Troplong (I, 151) soutient, au contraire, qu'en pareil cas le privilége est éteint d'une manière absolue, et à l'égard de tous les créanciers indistinctement. Cette opinion, qui suppose que le débiteur, en constituant un gage, perd la possession des objets livrés à son créancier, est manifestement erronée. Si le créancier détient, au point de vue de son gage, la chose qui lui a été donnée en nantissement, la possession civile de cette chose, au point de vue de la propriété, n'en reste pas moins au débiteur.

70 La connaissance des droits du vendeur, que le locateur n'aurait obtenue que plus tard, ne préjudicierait pas à l'exercice de son privilége. Paris, 26 mai 1814, Sir., 15, 2, 227.

leurs l'origine et l'identité en demeurent suffisamment établies. Ainsi, le privilége du vendeur de choses mobilières subsiste sur les objets à la confection desquels ces choses ont été employées, pourvu que, n'ayant subi aucune altération dans leur nature essentielle, elles soient restées parfaitement reconnaissables [71].

[71] La loi subordonne l'exercice du droit de revendication accordé au vendeur, à la condition que les choses par lui vendues se trouvent encore dans le même état, mais elle n'exige pas la même condition pour l'exercice du privilége; et en tenant compte de la nature essentiellement différente de ces deux droits, on reconnaît que c'est avec raison qu'ils n'ont pas été soumis aux mêmes règles. La revendication est un droit rigoureux qui s'attache à la chose elle-même : il n'eût guère été possible de l'admettre dans le cas où la chose aurait reçu, par le travail ou les soins de l'acheteur, une transformation notable. Le privilége, au contraire, affecte la valeur de la chose plutôt que la chose elle-même; et, comme il est fondé sur ce que les autres créanciers ne doivent pas s'enrichir aux dépens du vendeur, en profitant d'une valeur nouvelle que celui-ci a fait entrer dans le patrimoine du débiteur commun, il doit, d'après ce motif même, pouvoir s'exercer aussi longtemps que cette valeur se trouve, d'une manière reconnaissable, entre les mains du débiteur. Dans cet ordre d'idées, la dépossession de cette valeur, ou la confusion des objets vendus avec le surplus des biens du débiteur, sont les seules circonstances de nature à entraîner l'extinction du privilége. Valette, n° 85, 2e question. Pont, n° 153. Mourlon, n° 64. Martou, II, 479. Nancy, 28 décembre 1829, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IX, 2, 268. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 316. — Cpr. aussi : Troplong, I, 109 et suiv.; Duranton, XIX, 124. Le premier de ces auteurs croit devoir appliquer à la solution de la question qui nous occupe, la distinction établie par le Droit romain en matière d'hypothèque, distinction d'après laquelle le droit hypothécaire subsiste malgré les transformations plus ou moins profondes que la chose peut avoir subies, à moins que ces transformations n'aient eu pour résultat la création d'une *species nova*, non susceptible d'être ramenée à la forme primitive de la chose, auquel cas l'hypothèque se trouve éteinte. Mais, à notre avis, cette doctrine, parfaitement rationnelle quand il s'agit de l'hypothèque, c'est-à-dire d'un droit réel susceptible d'être poursuivi contre les tiers détenteurs, nous paraît sans application à un simple droit de préférence entre créanciers, et surtout au privilége du vendeur, dont l'exercice se trouverait par là soumis à des restrictions contraires au motif sur lequel il repose. Ainsi, d'après M. Troplong, le vendeur d'un bloc de marbre n'aurait pas de privilége sur la statue que le sculpteur en a tirée. Cette solution ne sacrifie-t-elle pas, sans nécessité et contre l'esprit de la loi, les droits du vendeur à l'intérêt des autres créanciers ? Quant à M. Duranton, il enseigne que le point de savoir si les changements apportés à la chose vendue entraînent ou non l'extinction du privilége du vendeur, doit se décider d'après la distinction établie par les art. 570 et 571 du Code Napoléon. Mais cette opinion est évidemment inadmissible, puisqu'il n'y a aucun rapport entre la question de propriété

D'un autre côté, la circonstance que les objets vendus auraient, par suite de l'emploi que l'acheteur leur a donné, revêtu le caractère d'immeubles par destination, n'entraînerait pas l'extinction du privilége du vendeur. C'est ainsi notamment que le privilége pour prix de machines ou de mécaniques subsiste, du moins à l'égard des autres créanciers chirographaires de l'acheteur, malgré leur affectation au service d'une fabrique ou d'une usine[72]. Il en serait autrement, bien entendu, du privilége sur des objets qui, ayant été employés à la construction d'un édifice, en formeraient désormais une partie intégrante et constitutive.

Le privilége du vendeur d'un office s'éteint, d'une manière absolue, par la destitution de son successeur : il ne se reporte pas sur l'indemnité dont le paiement aurait été imposé par le gouvernement au nouveau titulaire, nommé directement et sans présentation, comme condition de sa nomination[73].

Mais on ne doit pas, sous ce rapport, assimiler à la destitution,

que les articles cités ont pour objet de trancher, et la question du maintien ou de l'extinction du privilége du vendeur, et que ces articles portent d'ailleurs un correctif d'équité qu'il serait impossible d'appliquer au privilége dont on admettrait la déchéance.

[72] Arg. Code de proc. civ., art. 593 cbn. 592, n° 1. Valette, n° 85, 3e quest Pont, n° 154. Cour sup. de Bruxelles, 19 mai 1833, Sir., 33, 1, 446. Civ. rej., 24 mai 1842, Sir., 43, 1, 39. — Le privilége pourrait-il être opposé aux créanciers hypothécaires? Voy. § 284, texte n° 1.

[73] Ce point a fait longtemps l'objet d'une vive controverse, malgré la disposition de l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816, qui refuse aux titulaires destitués la faculté de présenter un successeur. L'erreur des partisans de l'opinion contraire tient à ce qu'ils ne savent pas se dégager complétement de la fausse idée que le privilége du vendeur affecte l'office même. Une fois que l'on admet franchement et sans réserve que le privilége ne porte en réalité que sur la valeur pécuniaire du droit de présentation, on est forcément amené à en conclure que la destitution, en enlevant ce droit à l'officier ministériel qui en est frappé, anéantit du même coup le privilége de son prédécesseur. Pont, n° 148. Civ. cass., 7 juillet 1847, Sir., 47, 1, 496. Rouen, 29 décembre 1847, Sir., 48, 2, 68. Civ. cass., 13 février 1849, Sir., 49, 1, 285. Civ. cass., 26 mars 1849, et Req. rej., 23 avril 1849, Sir., 49, 1, 318. Paris, 3 février et 9 mars 1852, Sir., 52, 2, 55 et 132. Orléans, 2 juillet 1852, Sir., 53, 2, 159. Req. rej., 23 mars 1853, Sir., 53, 1, 273. Civ. cass., 10 août 1853, Sir., 54, 1, 110. Paris, 17 novembre 1855, Sir., 56, 2, 154. Bordeaux, 27 février 1856, Sir., 56, 2, 241. Chambéry, 19 janvier 1863, *Journal de Grenoble et de Chambéry*, 1863, p. 49. Voy. en sens contraire : Orléans, 31 janvier 1846, Sir., 47, 2, 470; Paris, 9 janvier 1851, Sir., 51, 2, 7.

la démission, volontaire ou même forcée, donnée par le cessionnaire de l'office : si le gouvernement, en acceptant cette démission, avait imposé au nouveau titulaire l'obligation de verser, pour le compte de qui de droit, une somme représentative de la valeur de l'office, le privilége continuerait de subsister sur cette somme[74]. A plus forte raison doit-on, lorsque, sans destitution préalable, le gouvernement vient à prononcer la suppression d'un office, en imposant à la corporation dont le titulaire faisait partie, l'obligation de payer une indemnité représentative de la valeur de l'office, admettre le maintien du privilége sur cette indemnité[75].

En cas de faillite de l'acheteur, le vendeur non payé du prix des effets par lui vendus, n'est pas admis à exercer de privilége sur le prix de revente de ces effets. Code de comm., art. 550. La disposition spéciale de cet article s'applique à l'ancien titulaire d'un office, non payé de son prix de cession, comme au vendeur de tous autres objets mobiliers, corporels ou incorporels[76].

[74] A la différence de la destitution, qui entraîne déchéance immédiate du droit même de présentation et extinction de sa valeur, la démission, tout en impliquant renonciation à la faculté d'exercer le droit de présentation, et emportant ainsi consentement à une nomination directe par le gouvernement, ne constitue cependant pas une renonciation à la valeur pécuniaire de ce droit. D'un autre côté, lorsque le gouvernement impose au nouveau titulaire, nommé après destitution de l'ancien, l'obligation de payer une certaine somme, cette somme, qui entre à titre nouveau dans le patrimoine de ce dernier, ne peut, au regard de ses créanciers, être considérée comme représentative du droit de présentation dont il s'est trouvé déchu. Tandis que la démission n'entraînant pas déchéance de ce droit, rien n'empêche de considérer la somme à payer par le nouveau titulaire comme représentative de la valeur de l'office. Pont, n° 148. Audier, *Revue pratique*, 1864, XVII, p. 181. Nîmes, 13 mars 1851, Sir., 53, 1, 606. Besançon, 4 janvier 1853, Sir., 53, 2, 509. Bourget, 21 mars 1854, Sir., 54, 2, 347. Civ. rej., 30 août 1854, Sir., 54, 1, 519.

[75] Rouen, 22 janvier 1858, Sir., 58, 2, 637. Req. rej., 24 janvier 1859, Sir., 59, 1, 324. Rouen, 4 août 1862, Sir., 63, 2, 99. Civ. rej., 11 avril 1865, Sir., 65, 1, 219.

[76] Renouard, *Des faillites*, II, p. 273. Pardessus, *Droit commercial*, III, 1204. Alauzet, *Code de commerce*, IV, 1863. Pont, n° 148. Demangeat sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 578 et 579, à la note. Paris, 16 janvier 1842, Sir., 43, 2, 58. Lyon, 9 décembre 1850, Sir., 50, 2, 634. Civ. cass., 25 août 1853, Sir., 53, 1, 606. Bourges, 14 août 1855, Sir., 55, 2, 613. Civ. cass., 10 février 1857, Sir., 57, 1, 602. Paris, 25 février 1860, Sir., 60, 2, 123. Req. rej., 18 décembre 1867, Sir., 68, 1, 248. Voy. en sens contraire : Esnault, *Traité des faillites*, III, 656.

6° *Les fournitures faites à un voyageur dans l'auberge où il loge.* Art. 2102, n° 5.

L'aubergiste a, pour les fournitures de cette espèce, privilége sur les effets que le voyageur a déposés chez lui. Ce privilége frappe même les objets qui ne sont pas la propriété du voyageur, pourvu que l'aubergiste les ait reçus dans l'ignorance de cette circonstance, et que, d'un autre côté, le légitime propriétaire n'en ait pas été dessaisi par suite de vol ou de perte[77].

Le privilége est subordonné à la condition que les effets du voyageur soient restés déposés dans l'hôtellerie ou dans des localités en dépendantes. S'ils avaient été déplacés par le voyageur, même clandestinement, et livrés à des tiers de bonne foi à titre de vente ou de gage, l'aubergiste ne serait pas reçu à en exercer la revendication contre ces derniers[78].

[77] Nous nous bornerons à renvoyer pour l'explication de cette proposition à ce que nous avons dit au sujet du privilége du locateur. Voy. texte n° 1 et notes 19 à 23 *supra*. Persil, sur l'art. 2102, § 5. Grenier, II, 319. Battur, I, 55. Troplong, I, 204. Valette, n° 79. Pont, n° 165. Martou, II, 593 et 594. Zachariæ, § 261, texte et note 29. Bruxelles, 12 juillet 1806, Sir., 6, 2, 289. Cpr. cep. Colmar, 26 avril 1816, Sir., 17, 2, 365.

[78] Arg. art. 2119 cbn. 2279. Voy. en sens contraire : Valette, n° 70 ; Pont, n° 167 ; Martou, II, 506 et 507. Ces auteurs, en se fondant sur le second alinéa de l'art. 2279, accordent à l'aubergiste, sur les effets clandestinement déplacés par le voyageur, un droit de revendication analogue à celui dont jouit le créancier gagiste, en cas de soustraction frauduleuse du gage commise par un tiers. Il nous est impossible de partager cette manière de voir. Si, dans le cas de la soustraction du gage par un tiers, le créancier gagiste est autorisé à exercer la revendication exceptionnellement admise par le second alinéa de l'art. 2279, c'est précisément parce que le fait du tiers constitue alors un véritable vol, commis directement au préjudice du créancier, comme du propriétaire lui-même, et que ce dernier étant incontestablement en droit d'exercer la revendication, il n'existe aucune raison pour en refuser l'exercice au créancier. Mais aucune de ces considérations ne milite en faveur de l'aubergiste, dans l'hypothèse d'un déplacement clandestin opéré par le voyageur lui-même, ou par des tiers agissant d'après ses instructions. Un pareil déplacement, qui ne présente sous aucun rapport le caractère du vol, ne saurait, pas plus de la part de l'aubergiste que de celle du voyageur, donner ouverture à une action en revendication contre les tiers possesseurs de bonne foi. La position de l'aubergiste, quant aux effets que des voyageurs ont clandestinement enlevés, est la même que celle du locateur quant aux objets déplacés par le locataire. Et cependant, en accordant à l'aubergiste le droit de revendication admis par le second alinéa de l'art. 2279, les auteurs que nous combattons sont forcément amenés à décider, qu'à la différence

D'un autre côté, les effets apportés par le voyageur lors de son dernier voyage, ne garantissent pas les dépenses par lui faites dans des voyages précédents[79].

7° *Les frais de voiture et les dépenses accessoires de transport.* Art. 2102, n° 6.

Le voiturier[80] jouit, pour ces frais et dépenses, d'un privilége sur les objets voiturés.

Ce privilége, fondé sur le nantissement, se trouve éteint dès que le voiturier s'est dessaisi des objets qui y étaient soumis[81].

du droit de suite du locateur, qui est restreint à un délai très-court, le droit de revendication de l'aubergiste dure trois ans. Un résultat si étrange ne suffit-il pas, à lui seul, pour condamner l'opinion qui y conduit? Et ne voit-on pas que, dans ce système, la disposition qui attache au privilége du locateur un droit de suite limité à un court délai, au lieu d'être une faveur toute spéciale accordée à ce dernier, ne serait qu'une restriction apportée, en ce qui le concerne, à la durée ordinaire du droit de revendication?

79 Grenier, II, 319. Duranton, XIX, 129. Troplong, I, 206. Valette, n° 70. Pont, n° 166. Zachariæ, *loc. cit.* Rouen, 16 messidor an VIII, Sir., 7, 2, 1135.

80 Le terme *voiturier* comprend tous ceux qui se chargent, soit habituellement et par profession, soit seulement accidentellement, de transports par terre ou par eau. Mais on ne pourrait considérer comme voiturier, le tiers qui aurait simplement loué des voitures ou bateaux à la personne chargée de faire le transport. Ce tiers ne jouirait, pour le paiement des loyers à lui dus, d'aucun privilége sur les objets voiturés. Bordeaux, 16 mars 1857, Sir., 57, 2, 495.

81 Maleville, sur l'art. 2102. Delvincourt, III, p. 212. Persil, sur l'art. 2102, n° 6. Merlin, *Rép.*, v° Privilége, sect. I, § 4. Valette, n° 73. Pont, n° 169. Rouen, 23 mars 1844, Sir., 45, 2, 137. Paris, 29 août 1855, Sir., 56, 2, 109. Lyon, 11 juillet 1857, Sir., 58, 2, 6. Cpr. aussi les arrêts cités à la note suivante. Voy. en sens contraire : Pardessus, *Cours de Droit commercial*, IV, 1205; Duranton, XIX, 134; Troplong, I, 207; Zachariæ, § 261, texte et note 30; Paris, 2 août 1809, Sir., 10, 2, 168. Pour soutenir que le privilége du voiturier ne s'éteint pas nécessairement et immédiatement par le fait de la remise des objets voiturés au destinataire, on met principalemont en avant que ce privilége ne repose pas uniquement sur le nantissement, et se rattache à une augmentation de valeur donnée à la chose. Mais ce motif ne nous paraît pas suffisamment concluant. En effet, la loi n'accorde point de privilége pour les frais de simple amélioration d'une chose mobilière. D'un autre côté, elle n'a, ni fixé le délai pendant lequel le voiturier serait admis à exercer son privilége, ni statué, comme elle l'a fait pour le privilége du vendeur, que celui du voiturier ne pourrait, en cas de faillite, s'exercer sur les marchandises déjà livrées au failli. Or, le silence du législateur sur ces deux points permet d'affirmer qu'il a considéré le privilége du voiturier comme devant s'éteindre par la remise au destinataire des objets voi-

Quant un voiturier a fait, pour un même destinataire, plusieurs transports successifs, sans avoir été payé des premiers, son privilége sur les objets qui se trouvent encore entre ses mains, ne peut être exercé que pour le prix de transport de ces objets mêmes, et ne garantit pas celui des transports antérieurs[82]. Il en est ainsi, alors même que les divers transports ont eu lieu en vertu d'un seul et unique traité intervenu entre l'expéditeur et le voiturier, et pour un prix déterminé d'avance par ce traité, si d'ailleurs il ne s'agit pas d'une seule et même opération de transport, effectuée en plusieurs voyages, mais d'opérations successives s'appliquant à des quantités distinctes de marchandises[83].

8° *Les créances résultant d'abus et prévarications commis par des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions*[84]. Art. 2102, n° 7.

Ces créances sont privilégiées sur le capital du cautionnement fourni par le fonctionnaire, et sur les intérêts qui en sont dus. Mais elles ne le sont pas, en ce qui concerne les officiers ministériels, sur le prix de l'office[85].

Lorsqu'un fonctionnaire public est chargé simultanément de plusieurs services, et qu'il a fourni à raison de cette circonstance un cautionnement plus élevé, le privilége attaché au débet de ce fonctionnaire pour l'une ou l'autre de ses gestions, n'est pas restreint, au regard de ses créanciers ordinaires, à la partie du cau-

turés. L'art. 307 du Code de commerce confirme pleinement cette induction. — Du reste, nous reconnaissons que le voiturier ne serait déchu de son privilége, qu'autant qu'il se serait dessaisi complétement et définitivement des objets voiturés. Cpr. Req. rej., 13 avril 1840, Sir., 40, 1, 289.

82 Troplong, I, 207 *bis*. Pont, n° 168. Martou, II, 513.

83 Martou, II, 514. Req. rej., 13 février 1849, Sir., 49, 1, 629. Cpr. cep. Bourges, 13 juin 1817, et Civ. rej., 28 juillet 1819, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 1, 106.

84 Voy. sur ce privilége : Loi du 21 ventôse an VII, art. 8; Arrêté des consuls du 20 germinal an IX; Loi du 25 ventôse an XI, art. 33 et 34; Loi du 25 nivôse an XIII; Loi du 30 juin 1838 sur les *aliénés*, art. 31, al. 3. — La loi du 25 nivôse an XIII trace les formalités à suivre pour la conservation et l'exercice du privilége. — Cpr. aussi sur le privilége du second ordre des bailleurs de fonds de cautionnements : § 263 *bis*, texte III, lett. *a*.

85 Pont, n° 172. Bordeaux, 28 janvier 1864, Sir., 64, 2, 229. Voy. en sens contraire : Dard, *Des offices*, p. 464 et suiv.; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v^is Fait de charge, n° 26, et Office, n° 404.

tionnement afférente à cette gestion, mais il s'étend à toutes les parties du cautionnement, qui se servent de supplément l'une à l'autre[86].

Le privilége n'a lieu que pour des créances résultant de faits de charge proprement dits, c'est-à-dire de faits qui rentrent dans l'exercice légal et obligé de la charge du fonctionnaire public; il ne couvre pas les créances procédant de faits qui résulteraient d'une confiance volontaire qu'on lui aurait accordée[87].

C'est ainsi que le privilége ne s'applique, ni à la restitution de sommes confiées à un notaire pour en opérer le placement ou pour l'appliquer à un placement déjà convenu[88], ni au remboursement de sommes qu'un avoué aurait touchées sans mandat de son client, même à l'aide de menaces de poursuites faites au débiteur[89].

Au contraire, le privilége existe en cas de détournement par un huissier, de fonds qu'il a reçus à la suite d'un commandement fait en vertu d'un titre exécutoire, ou du protêt d'un effet de commerce[90].

Le privilége dont il s'agit ne s'étend pas aux amendes prononcées contre des fonctionnaires publics, pour les crimes ou délits de Droit commun dont ils se sont rendus coupables dans l'exercice de leurs fonctions[91]. Il ne s'applique qu'aux condamnations prononcées à titre de restitution, de dommages-intérêts, ou de frais, et aux amendes purement civiles que des officiers publics ont encourues pour contravention aux règles de leur profession[92]. Encore le trésor est-il, quant aux amendes de cette nature, primé par les créanciers pour faits de charge proprement dits[93].

86 Civ. rej., 5 décembre 1843, Sir., 44, 1, 75.

87 Valette, n° 76. Pont, n° 171. Martou, II, 516.

88 Douai, 20 décembre 1849, Sir., 50, 2, 109. Nîmes, 13 février 1851, Sir., 51, 2, 169. Paris, 11 mars 1852, Sir., 52, 2, 176. Paris, 15 novembre 1853, Sir., 54, 2, 206. Civ. cass., 18 janvier 1854, Sir., 54, 1, 198.

89 Toulouse, 15 mai 1844, Sir., 46, 2, 25.

90 Req. rej., 14 mars 1849, Sir., 49, 1, 508. Cpr. § 317, texte et note 6.

91 Persil, *Quest. hypoth.*, I, p. 11. Dard, *Des offices*, p. 42. Troplong, I, 210. Pont, n° 171. Zachariæ, § 261, note 3. Paris, 21 janvier 1837, Sir., 37, 2, 221. Civ. rej., 26 juillet 1858, Sir., 58, 1, 822. Voy. en sens contraire : Metz, 28 février 1856, Sir., 56, 2, 321.

92 Civ. rej., 26 juillet 1858, Sir., 58, 1, 822.

93 Art. 2202. Pont, *loc. cit.* Req. rej., 7 mai 1816, Sir., 17, 1, 55.

B. DES PRIVILÉGES SUR LES IMMEUBLES.

§ 262.

I. *Des priviléges qui s'étendent sur les meubles et sur les immeubles.*

Les créances qui, d'après l'art. 2101, sont privilégiées sur la généralité des meubles, le sont également sur la généralité des immeubles[1]. Art. 2104[2].

Toutefois, le privilége dont elles jouissent n'affecte les immeubles que subsidiairement, et au cas seulement où la fortune mobilière du débiteur est insuffisante pour les acquitter[3]. Il en résulte que le créancier privilégié sur la généralité des meubles et des immeubles, qui aurait omis, par collusion ou même par simple négligence, de se présenter à la distribution du prix du mobilier, se trouverait déchu de son recours sur la masse immobilière, dans la proportion du moins de la collocation qu'il aurait obtenue s'il avait fait valoir ses droits lors de la distribution mobilière[4]. Ce serait, du reste, à ceux qui lui opposeraient cette déchéance, à prouver la faute qu'ils lui reprochent[5].

[1] Il est bien entendu que les frais de justice ne sont privilégiés sur les immeubles que sous les restrictions indiquées au § 260, n° 1.

[2] La règle posée par cet article s'applique également au privilége établi par l'art. 549 du Code de commerce en faveur des ouvriers ou commis du commerçant failli. En effet, la loi place ce privilége sur la même ligne que celui des gens de service, et lui attribue le même rang. En présence d'une disposition aussi explicite, l'objection que l'on voudrait tirer de la circonstance que l'art. 549 fait partie de la section intitulée *Des créanciers privilégiés sur les biens meubles*, serait dénuée de force. Esnault, *Traité des faillites*, II, 537. Cpr. cep. Lyon, 6 mai 1842, Sir., 42, 2, 405.

[3] C'est ce qui résulte clairement des termes de l'art. 2105 « *Lorsqu'à défaut de mobilier* les privilégiés énoncés, etc. » Aussi ce point est-il généralement admis. Voy. les autorités citées aux notes suivantes.

[4] Grenier, II, 371. Persil, sur l'art. 2104, n° 2. Troplong, I, 251 *bis*. Duranton, XIX, 200. Pont, n° 244. Zachariæ, § 262, note 1re. Paris, 9 février 1809, Sir., 15, 2, 187. Lyon, 14 décembre 1832, Sir., 32, 2, 169. Limoges, 9 juin 1842, Sir., 43, 2, 10. — Les priviléges généraux du Trésor sont, à cet égard, soumis à la même règle que les priviléges généraux établis par le Code Napoléon. Civ. rej., 22 août 1836, Sir., 36, 1, 625.

[5] Voy. les arrêts de Lyon et de Limoges cités à la note précédente. Voy. en sens contraire : Pont, n° 244; Zachariæ, *loc. cit.* Cpr. aussi : Bruxelles, 21 août 1810, Sir., 11, 2, 360.

Si la distribution du prix des immeubles précédait celle du mobilier, les créanciers privilégiés sur la généralité des meubles et des immeubles auraient intérêt et seraient en droit de demander à être colloqués sur le prix des immeubles ; mais ces collocations, simplement éventuelles, devraient en définitive être réduites aux sommes dont ces créanciers ne seraient pas payés sur la masse mobilière[6]. En leur accordant de pareilles collocations, le juge peut, à la demande des autres créanciers, leur impartir un délai dans lequel ils auront à discuter le mobilier du débiteur commun[7].

Quelques auteurs rangent encore au nombre des priviléges généraux sur les meubles et sur les immeubles, le droit de préférence qui résulte, pour les créanciers d'une succession à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier, de la séparation des patrimoines. Cpr. art. 2111. Mais ce droit, qui appartient à tout créancier héréditaire sans égard à la qualité de sa créance, et qui n'établit aucune préférence entre les différents créanciers de la succession, ne constitue pas un véritable privilége[8].

§ 263.

II. *Des priviléges sur certains immeubles.*

Les créanciers privilégiés sur certains immeubles sont :

1° Le vendeur d'un immeuble. Art. 2103, n° 1[1].

Il a privilége sur l'immeuble vendu, pour le prix qui lui est dû en vertu de l'acte de vente, que cet acte soit authentique, ou qu'il n'ait été rédigé que sous seing privé[2].

[6] Pont, n° 243. Amiens, 24 avril 1822, Sir., 23, 2, 336. Agen, 28 août 1834, Sir., 35, 2, 426.

[7] Les créanciers hypothécaires, ou les privilégiés sur certains immeubles, qui provoqueraient la discussion du mobilier, auraient à faire l'avance des frais à ce nécessaires. Arg. art. 2023 et 2170. Persil, sur l'art. 2104, n° 2.

[8] Les règles relatives à la séparation des patrimoines et au droit de préférence qui s'y rattache, seront exposées au § 619.

[1] Voy. sur le droit de résolution dont le vendeur d'un immeuble, non payé du prix, jouit en sus du privilége : § 356, texte n° 2.

[2] Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. IV, § 1. Duranton, XIX, 159. Pont, n° 186, Zachariæ, § 263, texte et note 1re.

Le prix de vente, garanti par le privilége, comprend, outre le prix principal et les intérêts[3], toutes les charges ou prestations imposées à l'acquéreur au profit du vendeur personnellement, ou d'un tiers par lui délégué[4]. Il comprend même les frais et loyaux coûts du contrat, que le vendeur aurait payés à la décharge de l'acheteur. Il en est incontestablement ainsi, lorsque, par une clause spéciale, le vendeur s'est chargé de faire l'avance de ces frais, et que l'acheteur s'est obligé à les rembourser en sus du prix; et cette solution doit être admise, même en l'absence d'une pareille clause, dans le cas où, faute par l'acheteur d'acquitter les frais de la vente, le vendeur s'est trouvé dans la nécessité d'en faire l'avance[5]. Quant aux frais de la transcription requise par le vendeur, ils jouissent du privilége, comme ayant eu pour objet de le conserver.

Mais le privilége ne s'étendrait pas aux dommages-intérêts dus au vendeur, alors même qu'ils auraient été fixés d'avance et à forfait, par une clause pénale insérée au contrat de vente[6].

Il est indifférent, pour l'existence du privilége, que le prix consiste, soit en une somme principale à payer par l'acheteur, soit en une rente perpétuelle ou viagère, constituée dans l'acte de vente

[3] Les intérêts doivent suivre le sort du principal. Cela est généralement admis; mais il y a controverse sur le point de savoir si la disposition restrictive de l'art. 2151 est applicable aux intérêts d'un prix de vente. Cpr. § 285.

[4] Troplong, I, 369. Martou, II, 549. Req. rej., 12 juin 1855, Sir., 56, 1, 65.

[5] L'acheteur qui, à défaut de stipulation contraire, est tenu de supporter les frais et loyaux coûts du contrat, en tient nécessairement compte pour n'offrir qu'un prix d'autant moindre. Par suite, le vendeur ne reçoit la valeur de l'immeuble vendu que sous la déduction de ces frais, qui constituent un des éléments de la fixation du prix; et si, obligé d'en faire l'avance, il ne jouissait pas du privilége pour les récupérer, il ne se trouverait plus garanti pour le prix qu'il devait recevoir comme constituant la valeur réduite de son immeuble. Grenier, II, 384. Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Privilége de créance, n° 252. Troplong, I, 220. Taulier, VII, p. 175. Mourlon, n° 161. Pont, n° 194. Limoges, 9 janvier 1841, Sir., 42, 2, 270. Bordeaux, 6 janvier 1844, Sir., 44, 2, 246. Metz, 21 décembre 1859, Sir., 60, 2, 253. Civ. cass., 1er avril 1863, Sir., 63, 1, 239. Civ. cass., 1er décembre 1863, Sir., 64, 1, 46. Lyon, 23 mars 1865, Sir., 66, 2, 92. Voy. en sens contraire: Persil, sur l'art. 2103, § 1; Duranton, XIX, 162; Martou, II, 554; Caen, 7 juin 1837, Sir., 37, 2, 409. Cpr. aussi: Zachariæ, § 263, texte et note 3.

[6] Persil, sur l'art. 2103, § 1, n° 5. Duranton, XIX, 163. Troplong, I, 223. Pont, n° 193. Martou, II, 555. Zachariæ, *loc. cit.* Voy. cep. Mourlon, n° 162.

en faveur du vendeur lui-même ou d'un tiers, et que cette rente ait été stipulée directement, ou après indication d'un prix déterminé en capital [7].

Le privilége n'existe jamais que jusqu'à concurrence des sommes ou prestations restant dues d'après l'acte de vente. Ainsi, il ne s'étend pas aux suppléments de prix portés dans des actes séparés [8].

Si le prix avait été stipulé payable en effets de commerce, le privilége subsisterait pour garantie de leur paiement, quoiqu'en les recevant, le vendeur eût dans l'acte de vente donné quittance du prix [9]. Mais si le contrat portait purement et simplement quittance du prix, le vendeur ne pourrait plus réclamer de privilége, bien que, dans la réalité, l'acheteur n'eût donné en paiement que des billets non encore acquittés, ou qu'il résultât d'une contre-lettre que la quittance du prix est simulée [10].

Au cas de plusieurs ventes successives dont le prix est encore dû en tout ou en partie, le premier vendeur est préféré au second, le deuxième au troisième, et ainsi de suite, à supposer, bien entendu, que les différents vendeurs aient conservé leur privilége. Art. 2103, n° 1, al. 2.

Le privilége pour prix de vente ne porte que sur l'immeuble vendu, et lorsqu'une portion seulement de l'immeuble a été aliénée, il est restreint à cette portion [11].

Quoique la loi n'accorde explicitement le privilége dont il s'agit qu'au vendeur d'un immeuble, on doit placer sur la même ligne que

7 Cpr. § 356, texte n° 2. Pont, n° 191. — Il en serait autrement, si le prix, consistant primitivement en un capital exigible, avait été, par une convention subséquente, converti en une rente, sans réserve du privilége. En pareil cas, le privilége se trouverait éteint par l'effet de la novation.

8 Art. 1321. Persil, sur l'art. 2103, § 1, n°s 6 et 7. Troplong, I, 218. Pont, n° 190. Zachariæ, § 263, note 2. — Le privilége s'appliquerait-il au supplément de prix offert au vendeur par suite d'une action en rescision pour cause de lésion? Cpr. Bordeaux, 23 avril 1836, Sir., 36, 2, 476.

9 Dans ce cas, en effet, la quittance n'est donnée que sous la condition tacite de l'encaissement des billets, dont l'acceptation n'emporte pas novation. Voy. § 324, texte n° 4 et note 33. Cette condition ressortant du contrat lui-même, les tiers n'ont point à se plaindre. Troplong, I, 199 *bis*. Mourlon, n° 139. Martou, II, 470 et 552.

10 Voy. les autorités citées à la note 8 *supra*.

11 Civ. rej., 13 juillet 1841, Sir., 41, 1, 731. — La disposition de l'art. 2133 est-elle applicable au privilége du vendeur d'un immeuble? Voy. § 284, texte n° 1.

le vendeur proprement dit, l'échangiste, et le débiteur qui a livré un immeuble en paiement de sa dette, en tant qu'ils ont à réclamer, d'après l'acte même qui constate l'échange ou la dation en paiement, une soulte ou un retour[12].

Mais l'échangiste n'a pas de privilége pour la garantie qui lui est due, soit au cas d'éviction proprement dite[13], soit au cas où, pour conserver l'immeuble qu'il a reçu en échange, il a été obligé de payer les créanciers inscrits sur cet immeuble[14].

L'acquéreur sous faculté de rachat, quoique jouissant d'un droit de rétention pour le remboursement du prix, des frais de contrat, et de ses impenses nécessaires ou utiles, ne peut pas invoquer davantage le privilége du vendeur[15].

Quant au donateur d'un immeuble, il ne saurait être assimilé au vendeur, et ne jouit d'aucun privilége à raison des charges, même pécuniaires, qu'il a imposées au donataire[16].

[12] Persil, sur l'art. 2103, § 1, nos 11 et 12. Grenier, II, 387. Troplong, I, 215. Duranton, XIX, 155. Pont, no 187. Zachariæ, § 263, texte et note 7. Req. rej., 11 mai 1863, Sir., 64, 1, 357. L'application à la soulte d'échange, du privilége pour prix de vente, n'est point une extension de ce privilége à une créance d'une nature différente. La soulte, en effet, n'est autre chose que le prix de la transmission à titre onéreux d'une portion de l'immeuble donné en échange.

[13] Pont, no 187. Zachariæ, *loc. cit.* Turin, 10 juillet 1813, Sir., 14, 2, 13. Paris, 20 janvier 1834, Sir., 34, 2, 273. Civ. cass., 26 juillet 1852, Sir., 52, 1, 693. Bordeaux, 6 avril 1865, Sir., 65, 2, 347.

[14] Dans cette hypothèse, l'échangiste est bien subrogé aux droits des créanciers qu'il a désintéressés; mais il ne jouit pas pour cela du privilége du vendeur. Civ. cass., 26 juillet 1852, Sir., 52, 1, 693. Civ. rej., 14 novembre 1859, Sir., 60, 1, 803.

[15] L'exercice en temps utile de la faculté de rachat, stipulée dans un contrat de vente, constitue une simple résolution de vente, et non une vente nouvelle. Cpr. § 357. Persil, *loc. cit.* Grenier, II, 390. Troplong, I, 214. Pont, no 189. Martou, II, 546. Zachariæ, *loc. cit.* Cpr. Req. rej., 26 avril 1827, Sir., 27, 1, 400.

[16] Persil, sur l'art. 2103, § 1, no 10. Grenier, II, 387. Duranton, XIX, 156. Troplong, I, 216. Demolombe, XX, 576. Zachariæ, *loc. cit.* Orléans, 26 mai 1848, Sir., 48, 2, 615. Douai, 6 juillet 1852, Sir., 53, 2, 546. Agen, 4 janvier 1854, Sir., 54, 2, 350. Nîmes, 29 novembre 1854, Sir., 55, 2, 512. Colmar, 30 mai 1865, Sir., 65, 2, 348. Voy. en sens contraire : Pont, no 188; Demante, IV, 96 *bis*, II. — Ces auteurs ont oublié qu'une donation, pour être faite sous des charges plus ou moins importantes, n'en conserve pas moins son caractère de donation, à moins que les charges ne soient l'équivalent de la valeur des biens donnés, auquel cas l'acte serait en réalité, et pour le tout, un acte de

2° Le bailleur de fonds pour l'acquisition d'un immeuble[17]. Art. 2103, n° 2.

Celui qui a fourni des deniers devant servir à l'acquisition d'un immeuble, a privilége sur cet immeuble pour le remboursement de ces deniers, pourvu qu'il soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt que les fonds avancés étaient destinés à cet emploi, et par la quittance du vendeur que le paiement a été fait au moyen de ces fonds. On doit, en ce qui concerne cette double condition, appliquer les règles qui seront développées au § 321, n° 2, sur la subrogation consentie par le débiteur.

Il va de soi que le privilége du bailleur de fonds est, comme celui du vendeur lui-même, subordonné à la condition que l'acte de vente constate que tout ou partie du prix reste encore dû. S'il en résultait, au contraire, que le prix a été payé, sans qu'il fût fait mention de l'origine des deniers au moyen desquels le paiement a été effectué, on ne pourrait suppléer à cette omission par une déclaration postérieure du vendeur.

D'un autre côté, on aurait tort de conclure de la disposition du n° 2 de l'art. 2103, que le vendeur ne peut, en recevant le prix de vente d'une tierce personne, la subroger valablement en son privilége, au moyen d'une déclaration expresse de subrogation contenue dans la quittance. Art. 1250, n° 1.

3° Les copartageants d'immeubles indivis. Art. 2103, n° 3.

Les cohéritiers et, en général, tous ceux qui ont partagé, soit une masse composée de meubles et d'immeubles, soit un ou plusieurs immeubles déterminés[18], ont privilége pour la garantie du

vente. Les donations onéreuses diffèrent de la vente par leur nature juridique et leurs effets, comme par leur cause impulsive ; et si le législateur a cru devoir garantir, au moyen d'un privilége, le paiement du prix de vente d'un immeuble, les motifs qui l'y ont porté n'existaient évidemment pas, ou du moins n'existaient qu'à un degré moindre, pour l'exécution des charges et conditions d'une donation. En tout cas, il n'a point accordé de privilége pour les créances et actions résultant de pareilles charges, et les priviléges ne peuvent être étendus des créances pour lesquelles seules ils ont été établis, à des créances d'une nature plus ou moins analogue. Cpr. § 701.

[17] Ce privilége est au fond le même que celui du vendeur ; et si, à l'exemple du Code, nous en faisons une mention spéciale, c'est qu'il est susceptible d'être conservé par des moyens qui lui sont propres. Cpr. § 278, texte n° 2.

[18] L'art. 2103, n° 3, n'accorde expressément de privilége qu'aux cohéritiers sur les immeubles de la succession. Mais sa rédaction, incomplète sous ce rap-

partage et des soultes ou retours de lots, ainsi que pour le prix de licitation d'immeubles adjugés à l'un d'eux[19].

Ce privilége a lieu dans les partages anticipés fait par un ascendant entre ses descendants, tout aussi bien que dans les partages faits après décès entre cohéritiers[20].

Le cohéritier ou propriétaire qui a vendu sa part indivise à son communiste, jouit du privilége de copartageant, et ne peut invoquer celui de vendeur, lorsque cette vente, ayant fait cesser l'indivision d'une manière absolue, équivaut à partage[21]. Au cas contraire, il jouit du privilége du vendeur[22].

port, est complétée par l'art. 2109, qui reconnaît l'existence du privilége au profit de tout copartageant sur les biens partagés, sans égard à la nature de l'indivision que le partage a fait cesser. Cpr. aussi : art. 1476 et 1872. Persil, sur l'art. 2103, § 3, n° 2. Grenier, II, 407. Troplong, I, 238. Pont, n° 200. Zachariæ, § 263, texte et note 12.

[19] Lorsqu'en vertu d'une clause insérée à cet effet au cahier des charges, l'immeuble adjugé sur licitation à l'un des copartageants, a été revendu sur lui à la folle enchère et pour un prix moindre, les autres copartageants pourront-ils toujours exercer leur privilége pour les portions qui leur revenaient dans le prix de la première adjudication, ou au contraire leur privilége sera-t-il restreint aux parts à eux afférentes dans le prix de la nouvelle adjudication? Voy. dans le sens de cette dernière solution : Pont, n° 208; Rouen, 30 décembre 1850, Sir., 51, 2, 401. Cette solution, fondée sur ce que la folle enchère fait complétement disparaître la première adjudication avec toutes ses conséquences, ne nous paraît pas exacte. Le motif qui seul pourrait la justifier, très-contestable déjà sous l'empire de l'ancien Code de procédure, a été formellement condamné par la loi du 21 mai 1858. L'art. 779 du Code de procédure, modifié par cette loi, suppose en effet que la folle enchère, tout en substituant un second adjudicataire au premier, laisse cependant subsister l'adjudication originaire, avec tous les droits qu'elle avait conférés aux parties intéressées.

[20] Grenier, *Des donations*, I, 403, et *Des hypothèques*, II, 407. Persil, sur l'art. 2103, § 3, n° 4. Troplong, I, 315. Pont, n° 206. Martou, II, 576. Zachariæ, § 733, note 3. Montpellier, 19 février 1852, Sir., 55, 2, 669. Cpr. Limoges, 8 janvier 1847, Pal., 1847, 2, 316 ; Civ. cass., 4 juin 1849, Sir., 49, 1, 487.

[21] Cpr. § 625, texte n° 1. Bourges, 26 janvier 1844, Sir., 45, 2, 426. Riom, 17 août 1853, Sir., 56, 1, 49. Voy. en sens contraire : Toulouse, 14 décembre 1850, Sir., 51, 2, 101 ; Grenoble, 4 janvier 1853, Sir., 53, 2, 581. Ces deux arrêts ont refusé de reconnaître le caractère d'actes de partage à des cessions de droits successifs qui avaient cependant fait cesser complétement l'indivision. C'est en les considérant à tort comme de véritables ventes, qu'ils ont admis en faveur des cédants le privilége de vendeur.

[22] Lyon, 29 juillet 1853, Sir., 53, 2, 581.

Le privilége accordé aux copartageants a pour objet de maintenir l'égalité entre eux, en les garantissant réciproquement de toutes les pertes qui auraient pour résultat de la rompre. Il s'applique donc à la garantie de toutes les valeurs, soit mobilières, soit immobilières, qui, dépendant de la masse commune, comme choses principales ou comme accessoires, ont été comprises au partage et assignées à un ou à plusieurs des copartageants, et notamment aux rapports à faire entre cohéritiers, ainsi qu'aux restitutions de fruits dus par l'un des copartageants[23]. Il s'applique également au recours du copartageant qui, par une cause quelconque, se voit obligé de payer une dette commune au delà de la part pour laquelle il doit y contribuer, ou qui est recherché pour le paiement de dettes que le partage avait mises à la charge exclusive d'un autre copartageant[24].

Mais aussi le privilége n'a lieu que pour les créances ou actions qui ont leur principe dans un partage, ou dans quelque autre acte équivalent à partage. Ainsi, il ne garantirait point les condamnations prononcées, après le partage d'une succession, contre l'un des héritiers, pour cause de recelés ou de détournements ultérieurement découverts, si d'ailleurs l'acte de partage de la succession était maintenu[25].

Le privilége pour le paiement du prix de licitation, ne porte que sur l'immeuble licité[26]. Tandis que celui qui a pour objet la garantie du partage et des soultes ou retours de lots, grève tous les immeubles de la succession, même ceux échus à des copartageants qui ne sont chargés d'aucune soulte[27]. Toutefois, le privilége n'af-

[23] Voy. § 624, texte n° 3. Troplong, I, 239, n° 4. Pont, n° 204. Martou, II, 578. Req. rej., 11 août 1830, Sir., 31, 1, 63. Voy. en sens contraire, quant aux créances pour restitution de fruits : Grenier, I, 159 ; Zachariæ, § 263, note 11; Toulouse, 9 juin 1824, Sir., 26, 2, 105; Aix, 12 juillet 1826, Sir., 28, 2, 345. Cpr. Duranton, XIX, 187.

[24] Persil, sur l'art. 2103, n° 5. Troplong, I, 239, n° 5. Pont, n° 205. Martou, II, 585. Zachariæ, § 263, note 11. Req. rej., 2 avril 1839, Sir., 39, 1, 380. Toulouse, 15 janvier 1841, Sir., 41, 2, 238. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 399 ; Duranton, XIX, 187 et 188.

[25] Agen, 22 décembre 1846, Sir., 47, 2, 204.

[26] Troplong, I, 239. Duranton, XIX, 184. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 263, texte et note 10. Cette dernière opinion est en opposition manifeste avec le texte de l'art. 2109.

[27] Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. IV, § 3. Troplong, I, 237. Duranton,

fecte, sous ce dernier rapport, les immeubles compris au lot de chaque copartageant, que dans la mesure de son obligation personnelle, soit comme débiteur ou codébiteur d'une soulte, soit comme garant des effets du partage, et notamment du paiement des soultes dues par d'autres copartageants[28].

4° Les architectes, entrepreneurs, et ouvriers. Art. 2103, n° 4.

Les architectes, entrepreneurs, maçons ou autres ouvriers, qui ont été employés par le propriétaire pour édifier, reconstruire, ou réparer des bâtiments, des canaux, ou d'autres ouvrages[29],

XIX, 186. — M. Pont (n° 207), qui admet sans réserve la proposition énoncée au texte, en ce qui concerne le privilége pour la garantie du partage, la restreint, en ce qui touche le privilége pour le paiement d'une soulte ou d'un retour de lot, au cas où le copartageant qui en a été chargé, était déjà insolvable au moment du partage. Cette restriction nous paraît inadmissible. Tous les copartageants étant de droit garants, envers celui à qui le partage attribue une soulte ou un retour de lot, du paiement de cette valeur, il en résulte que les immeubles compris dans leurs lots se trouvent grevés du privilége, indépendamment de toute question de solvabilité ou d'insolvabilité du copartageant, débiteur de la soulte. C'est ce qu'indique nettement le n° 3 de l'art. 2103, en soumettant *les immeubles de la succession à la garantie des soulte et retour de lots;* et il serait contraire aux règles d'une saine interprétation de considérer cette disposition, si formelle et corroborée encore par la première partie de l'art. 2109, comme ayant été restreinte par ces mots purement indicatifs *sur le bien chargé de soulte,* qui se trouvent dans la dernière partie du même article. Il peut, sans doute, arriver que le copartageant, créancier d'une soulte, perde son recours contre les autres, faute d'avoir conservé ses droits au regard du débiteur de la soulte, ou de l'avoir poursuivi en temps utile; mais c'est là une question de déchéance, qui doit être appréciée d'après les circonstances, et dont la solution affirmative, dans un cas donné, n'empêchera pas que le droit à la garantie n'ait existé en vertu même du partage, et avec le privilége qui y est attaché.

28 C'est dans ce sens que l'art. 885 se borne à dire « chacun des cohéritiers « est *personnellement* obligé en proportion de sa part héréditaire », sans ajouter *et hypothécairement pour le tout.* L'opinion contraire conduirait à un circuit de recours réciproques entre les cohéritiers, que l'art. 875 a eu pour objet de prévenir. Delvincourt, II, p. 154. Chabot, *Des successions,* sur l'art. 885, n° 2. Duranton, XIX, 185. Marcadé, sur l'art. 885. Demante, *Cours,* IV, 220 *bis,* II. Demolombe, VIII, 369. Pont, n° 207. Caen, 10 février 1851, Sir., 53, 2, 73. Req. rej., 19 juillet 1864, Sir., 64, 1, 445.

29 Ce privilége, qui ne s'applique qu'à des ouvrages dont l'exécution rentre dans l'idée de construction ou d'édification, et notamment à l'établissement ou à la réparation de digues et de chaussées, ne s'étend pas aux simples travaux d'agriculture, tels que défrichements, semis et plantations, etc. Tarrible, *Rép.*,

jouissent, pour les sommes qui leur sont dues, y compris les frais occasionnés par les expertises dont il sera parlé ci-après[30], d'un privilége, qui affecte l'immeuble sur lequel ces travaux ont été exécutés.

Les sous-entrepreneurs et les ouvriers employés, non par le propriétaire, mais par l'entrepreneur, qui seul a traité avec ce dernier, ne jouissent pas de ce privilége[31]. Le possesseur ou tiers-détenteur d'un immeuble n'en jouit pas davantage pour les impenses utiles ou même nécessaires qu'il y a faites[32].

Ce privilége, quoique frappant l'immeuble tout entier, ne l'affecte cependant que dans la mesure de la mieux-value existant à l'époque de l'aliénation volontaire ou forcée de cet immeuble, et résultant des travaux qui y ont été exécutés, sans qu'il y ait, à cet égard, de distinction à faire entre les travaux de conservation et

v° Privilége, sect. IV, § 4. Troplong, I, 242 *bis*. Pont, n° 210. Zachariæ, § 263, texte et note 14. — Voy. sur les priviléges accordés pour travaux de desséchement de marais ou de drainage, et aux travaux pour recherche de mines : § 263 *bis*, texte n° III.

30 Zachariæ, § 263, texte et note 18. Req. rej., 11 novembre 1824, Sir., 25, 1, 140.

31 Persil, sur l'art. 2103, § 4, n° 3. Battur, I, 77. Pont, n° 210. Zachariæ, § 263, texte et note 13. Cpr. Civ. rej., 6 juillet 1830, Sir., 30, 1, 374. — Voy. sur l'action qui compète aux ouvriers employés par un entrepreneur, contre le propriétaire : § 386, texte *in fine*.

32 Les créances auxquelles le législateur a entendu accorder le privilége établi par le n° 4 de l'art. 2103, sont celles qui naissent d'une convention de louage d'ouvrage intervenue entre le propriétaire et l'entrepreneur ou les ouvriers. Ce serait étendre ce privilége au delà de sa cause, que de l'accorder au tiers détenteur pour les impenses par lui faites ; et cette extension est d'autant moins admissible, qu'il n'arrivera jamais que le tiers détenteur ait rempli les conditions auxquelles l'acquisition du privilége est subordonnée. Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. IV, n° 5. Zachariæ, § 263, note 21. Cpr. Req. rej., 28 novembre 1838, Sir., 38, 1, 951 ; Req. rej., 8 juillet 1840, Sir., 40, 1, 993. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 335 ; Troplong, III, 836. Voy. aussi : Amiens, 23 février 1821, Sir., 22, 2, 114 ; Req. rej., 11 novembre 1824, Sir., 25, 1, 140 ; Civ. rej., 30 juillet 1827, Sir., 28, 1, 72. Ces arrêts ont bien reconnu, en faveur du tiers détenteur et de l'usufruitier, le droit de réclamer, dans un ordre ouvert sur le vendeur ou le nu-propriétaire, collocation par préférence pour les impenses nécessaires par eux faites ; mais ils ne leur ont pas, pour cela, attribué le privilége établi par l'art. 2103, n° 9. Cpr. au surplus, sur la position du tiers détenteur, quant aux impenses qu'il a faites : § 287.

ceux de simple amélioration[33]. Mais aussi le privilége est-il, dans cette mesure, attaché à l'intégralité et à chaque partie de la créance de l'architecte, de l'entrepreneur, ou des ouvriers, de telle sorte que, si des paiements d'à-compte leur avaient été faits dans le cours des travaux ou après leur achèvement, ils conserveraient leur privilége, pour le solde de leur créance, sur la mieux-value tout entière[34].

L'acquisition du privilége dont il s'agit, est subordonnée à une double condition, à savoir :

a. Qu'il ait été dressé, avant le commencement des travaux[35], par un expert nommé d'office, par le tribunal de la situation de l'immeuble, à la demande, soit des architectes ou entrepreneurs, soit du propriétaire lui-même[36], un procès-verbal constatant l'état

[33] Une pareille distinction serait aussi contraire au texte de l'art. 2103, n° 4, qu'à l'esprit de la loi, qui n'a pas voulu que les créanciers hypothécaires fussent jamais tenus de laisser prélever sur la valeur de l'immeuble, à raison des travaux qui y ont été exécutés, une somme supérieure à celle dont, au jour de l'aliénation, cette valeur se trouve encore augmentée par suite de ces travaux. Grenier, II, 419. Troplong, I, 243. Pont, n° 211. Martou, II, 597. Zachariæ, § 263, texte et note 20.

[34] Mourlon, n° 181. Pont, n° 214. Martou, II, 608. — Persil (sur l'art. 2103, § 4, n° 10), partant de la supposition que l'entrepreneur ou les ouvriers ont deux créances distinctes, l'une privilégiée jusqu'à concurrence de la mieux-value résultant des travaux, l'autre non privilégiée pour le surplus, estime qu'il y a lieu, d'après l'art. 1256, d'imputer les paiements à-compte sur la créance privilégiée, de telle sorte que le privilége s'éteindrait successivement dans la mesure de ces paiements. Grenier (II, 412) et M. Duranton (XIX, 191), tout en repoussant la supposition de l'existence de deux créances distinctes, et par suite l'application de l'art. 1256, pensent cependant qu'il faut répartir les à-compte proportionnellement sur la partie de la créance qui se trouvait garantie par le privilége et sur celle qui ne l'était pas, ce qui amènerait encore, quoique dans une mesure moindre, l'extinction du privilége. Mais ces deux opinions sont également inadmissibles. Les droits de gage sont, de leur nature, indivisibles, et quant aux choses qui en sont grevées, et quant aux créances qu'ils sont destinées à garantir. Lorsque le gage est insuffisant, il n'y a pour cela, ni deux créances distinctes, ni même deux parties distinctes d'une seule créance : toutes les fractions de la créance participant à la garantie du gage, les paiements partiels laissent subsister le privilége dans son intégrité pour le solde restant dû. Arg. art. 2083 et 2114. Cpr. § 285.

[35] Bordeaux, 26 mars 1834, Sir., 34, 2, 373. Paris, 26 mars 1836, Sir., 36, 2, 209. Civ. cass., 11 juillet 1855, Sir., 55, 1, 699.

[36] Metz, 7 février 1866, Sir., 66, 2, 210.

des lieux relativement aux ouvrages que ce dernier déclare avoir dessein de faire exécuter;

b. Que les ouvrages aient été, dans les six mois au plus de leur perfection, reçus par un expert également nommé d'office.

C'est d'après les éléments de comparaison fournis par ces deux procès-verbaux, que se détermine la mieux-value au jour de l'aliénation de l'immeuble. On doit, pour l'appréciation de cette mieux-value, faire abstraction de l'augmentation ou de la diminution de valeur que l'immeuble peut avoir reçue ou subie par des causes indépendantes des travaux qui ont été exécutés[37].

Quelque absolue que paraisse la disposition qui exige, comme condition de l'acquisition du privilége, la constatation préalable de l'état de l'immeuble, un procès-verbal d'expert, quoique rédigé après le commencement des travaux, suffirait cependant pour assurer le privilége quant aux travaux exécutés depuis sa rédaction, si d'ailleurs l'état primitif des lieux était encore parfaitement reconnaissable, et susceptible d'être constaté avec précision et certitude au moyen d'une simple inspection[38].

5° Les tiers qui ont prêté les deniers pour payer les architectes, entrepreneurs, ou ouvriers, jouissent du même privilége que ces derniers, à la double condition que ce privilége se trouve régulièrement établi, et que, d'autre part, la destination et l'emploi des deniers empruntés soient authentiquement constatés par l'acte d'emprunt et par les quittances des créanciers primitifs. Art. 2103, n° 5.

Il en est de même des tiers qui auraient directement payé les architectes, entrepreneurs, ou ouvriers, à condition que les quittances délivrées par ces derniers contiennent une déclaration expresse de subrogation à leur profit.

[37] Duranton, XIX, 190. Pont, n° 213. Bordeaux, 2 mai 1826, Sir., 26, 2, 292.

[38] Persil, sur l'art. 2103, § 4, n° 1. Troplong, I, 245, note 3. Pont, n° 218. Zachariæ, § 263, note 16. Paris, 6 mars 1834, Sir., 34, 2, 308. Civ. rej., 20 novembre 1839, Sir., 39, 1, 903. Rouen, 12 juin 1841, Dalloz, 1841, 2, 402. Paris, 29 novembre 1843, Dalloz, 1844, 2, 30. Req. rej., 1er mars 1853, Sir., 53, 1, 363. — La Cour de Bordeaux (2 mai 1826, Sir., 26, 2, 292) a même admis comme valable, dans le sens de la proposition émise au texte, un procès-verbal dressé, après le commencement des travaux, sur les renseignements fournis par les parties et les ouvriers. Mais nous ne saurions approuver cette décision, qui est également rejetée par M. Martou (II, 603).

APPENDICE AU CHAPITRE II.

Des priviléges établis par des lois spéciales.

§ 263 *bis*.

I. *Des priviléges du Trésor public. — Développement de l'art.* 2098.

a. *Privilége de la Régie des douanes.*

La loi des 6-22 août 1791 (tit. XIII, art. 22), confirmée par celle du 4 germinal an II (tit. VI, art. 4), et par la loi des finances du 28 avril 1816 (Douanes, art. 58), confère à la Régie des douanes, pour le recouvrement des droits dus au Trésor, un privilége sur la généralité des meubles et effets mobiliers des redevables[1]. Ce privilége s'étend aux effets mobiliers de leurs cautions solidaires[2].

La Régie des douanes est, à raison de son privilége, préférée à tous autres créanciers, à l'exception toutefois de ceux auxquels sont dus des frais de justice ou autres frais privilégiés[3], et du locateur pour six mois de loyers[4].

[1] L'art. 23 de cette loi confère de plus à la Régie des douanes une hypothèque sur les biens des redevables. Cpr. § 264 *quater*, texte *in fine*. — D'un autre côté, les art. 22 et 23 établissent, en faveur de la Régie, un privilége sur la généralité des meubles de ses agents comptables, et une hypothèque sur leurs immeubles. Mais ces dispositions ayant été remplacées et modifiées par la loi du 5 septembre 1807, il n'y a pas lieu de les analyser ici. Voy. texte, lett. *d*, *infra*.

[2] Pont, n° 31. Civ. cass., 12 décembre 1822, Sir., 23, 1, 164. Voy. cep. Civ. cass., 14 mai 1816, Sir., 16, 1, 257. Cpr. texte, lett. *c*, et note 13 *infra*.

[3] Ces termes *autres frais privilégiés*, s'appliquent aux créances qui, d'après l'ancienne jurisprudence, jouissaient déjà, comme les frais de justice, d'un privilége général sur les meubles, c'est-à-dire aux frais funéraires et de dernière maladie, aux gages des gens de service, et aux fournitures de subsistances. Troplong, I, 34. Pont, n° 33.

[4] La loi du 4 germinal an II (tit. VI, art. 4), qui dit en termes généraux : « La République est préférée à tous créanciers pour droits, confiscation, amende « et restitution, » ne doit pas être considérée comme ayant abrogé l'art. 22 précité de la loi des 6-22 août 1791, qui fait passer, avant le privilége de la Régie des douanes, les diverses créances y mentionnées. En effet, la loi de germinal an II concerne plus particulièrement le commerce maritime ; et la disposition re-

Elle ne peut d'ailleurs opposer son privilége au vendeur, qui revendique les marchandises par lui vendues, soit en vertu de l'art. 2102, n° 4, sont dans le cas prévu par l'art. 576 du Code de commerce[5].

Le privilége de la douane ne frappe les meubles des redevables qu'en tant qu'ils en sont restés propriétaires, ou que le prix leur en est encore dû. Pour ce qui est des marchandises déposées ou entreposées dans les magasins de la douane, la Régie perd son droit de gage, lorsqu'elle consent à la prise de possession par les acheteurs[6].

b. *Privilége de la Régie de l'enregistrement, pour droits de mutation par décès.*

En attribuant à la Régie de l'enregistrement, pour le paiement des droits de mutation par décès, action sur les revenus des biens à déclarer, en quelques mains qu'ils se trouvent, la loi du 22 frimaire an VII (art. 32) lui a par cela même reconnu un droit de préférence sur ces revenus[7].

lative au privilége de la Régie est rédigée d'une manière si vague et si incomplète, qu'il n'est pas possible d'y trouver l'intention de régler à nouveau la matière. Elle ne fait que rappeler le privilége établi par la législation antérieure. Pont, n° 33. Du reste, si le privilége général de la douane est primé par le privilége spécial pour six mois de loyers, il prime tous les autres priviléges spéciaux, et notamment ceux qui se trouvent établis par l'art. 191 du Code de commerce. Troplong, I, 34. Req. rej., 14 décembre 1824, Sir., 25, 1, 207. Cpr. note 14 *infra*.

5 Civ. cass., 12 février 1845, Sir., 45, 1, 205.

6 Pont, n° 33. Cpr. Req. rej., 27 frimaire an XIII, et Civ. cass., 3 décembre 1822, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, 1, 42, et VII, 1, 464 ; Req. rej., 19 décembre 1859, Dalloz, 1860, 1, 110.

7 Grenier, II, 418. Persil, *Rép. hyp.*, I, 25, et *Quest.*, I, p. 14. Favard, *Rép.*, v° Privilége, sect. II, § 2. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Mutation par décès, n°s 284 et 287. Troplong, I, 97. Demante, *Commentaire de la loi du 22 frimaire an VII*, n° 671, et *Revue critique*, 1855, VI, p. 300 à 302. Civ. rej., 9 vendémiaire an XIV, Sir., 6, 2, 112. Paris, 25 mai 1835, Sir., 35, 2, 272. Civ. cass., 3 décembre 1839, Sir., 40, 1, 28. Bordeaux, 15 février 1849, Sir., 49, 2, 536. Civ. rej., 28 juillet 1851, Sir., 51, 1, 761. Angers, 9 janvier 1856, Sir., 56, 2, 75. Civ. cass., 23 juin 1857, Sir., 57, 1, 401. Civ. rej., 24 juin 1857, Sir., 57, 1, 438. Civ. cass., 2 décembre 1862, Sir., 62, 1, 97. Bourges, 24 février 1864, Sir., 64, 2, 30. Voy. en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. II, § 2, n° 7 ; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, IV, 3887 ; Duranton, XIX, 233 ; Pont, n° 34 ; Orléans, 9 juin 1860, Sir., 60, 2, 551.

Mais la Régie ne jouit d'aucun privilége sur les meubles ou immeubles mêmes de la succession[8], et bien moins encore, d'un droit de copropriété qui l'autorise à prélever, sur la valeur de ces biens, le montant des droits de mutation[9].

Le droit qui compète à la Régie sur les revenus des biens à déclarer, ne peut d'ailleurs s'exercer, ni au préjudice des tiers acquéreurs[10], ni même au détriment des créanciers hypothécaires, sur les fruits naturels ou civils qui, par suite de leur immobilisation, formeraient, dans leur intérêt, un accessoire à distribuer, comme valeur immobilière et par voie d'ordre, avec le prix principal[11].

c. *Privilége de la Régie des contributions indirectes.*

L'art. 47 du décret du 1er germinal an XIII confère à la Régie des contributions indirectes, pour le recouvrement des droits qui lui sont dus, un privilége sur tous les meubles et effets mobiliers des redevables[12].

Ce privilége s'étend, comme celui de la douane, au mobilier des cautions des redevables[13]. Il prime toutes autres créances, à l'ex-

[8] Par ses arrêts des 23 et 24 juin 1857, cités à la note précédente, et rendus au rapport de M. Laborie, à la suite d'une discussion fort approfondie, la Cour de cassation a abandonné sa jurisprudence antérieure, qui attribuait à la Régie un privilége sur toutes les valeurs mobilières et immobilières de la succession. Voy. Civ. cass., 8 décembre 1839, Sir., 40, 1, 28; Civ. rej., 28 juillet 1851, Sir., 51, 1, 761. Cpr. aussi : Serrigny, *Revue critique*, 1856, IX, p. 538; Paris, 25 mai 1835, Sir., 35, 2, 272; Amiens, 11 juin 1853 et 18 novembre 1854, Sir., 53, 2, 537, et 55, 2, 47; Paris, 13 mars 1855, Sir., 55, 2, 161.

[9] Cpr. § 190, texte et note 10.

[10] Avis du Conseil d'État des 4-21 septembre 1810. Cet avis décide, avec raison, que les termes de l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an VII, *en quelques mains qu'ils se trouvent*, ne s'appliquent qu'aux personnes qui, tels que les légataires à titre universel ou particulier, tiennent directement leurs droits du défunt.

[11] Arg. art. 2098, al. 2. Civ. rej., 24 juin 1857, Sir., 57, 1, 438.

[12] Le même article avait établi un privilége sur les biens des comptables pour leurs débets; mais la disposition qu'il contenait à ce sujet, a été remplacée et modifiée par celles de la loi du 5 décembre 1807. — Cpr. sur l'exercice, en cas de faillite, du privilége de la Régie des contributions indirectes : Bruxelles, 13 août 1811, Sir., 12, 2, 263; Civ. cass., 9 janvier 1815, Sir., 15, 1, 254; Paris, 29 août 1836, Sir., 37, 2, 82.

[13] Pont, n° 37. Civ. cass., 18 janvier 1841, Sir., 41, 1, 324. Paris, 29 novembre 1864, Sir., 65, 2, 108.

ception seulement des frais de justice, et de ce qui est dû pour six mois de loyers[14]. Il ne peut du reste être opposé à la revendication, formée par les propriétaires, des marchandises en nature qui se trouvent encore sous balle et sous corde.

d. *Privilége sur les biens des comptables.*

Une loi du 5 septembre 1807 a réglé, d'une manière complète, le privilége et l'hypothèque légale du Trésor sur les biens des comptables[15].

Aux termes de l'art. 2 de cette loi, le Trésor jouit d'un privilége général sur tous les biens meubles des comptables, pour le paiement de leurs débets.

On doit considérer comme comptables du Trésor, tous ceux qui, opérant des recettes ou des paiements pour le compte de l'État, ont le maniement de deniers publics, qu'ils soient ou non justiciables de la Cour des comptes[16]. Mais on ne saurait ranger dans la classe des comptables du Trésor, ni les percepteurs des contributions directes[17], ni les comptables en matières, tels que les agents manutentionnaires des vivres militaires[18], ni bien moins encore les

[14] La loi du 5 septembre 1807, relative seulement au privilége sur les biens des comptables, et qui, sous ce rapport, a rendu toute son étendue au privilége du locateur, a laissé subsister la restriction de ce privilége à six mois de loyers, lorsqu'il s'agit de l'exercer, au préjudice de la Régie, sur les biens d'un redevable. Troplong, I, 99, à la note. Pont, n° 36. Civ. rej., 11 mars 1835, Sir., 35, 1, 270. Voy. cep. Req. rej., 27 février 1833, Sir., 33, 1, 289. — Le privilége du propriétaire pour six mois de loyers, peut être exercé dans le cas même où, au commencement du bail, le locataire a payé d'avance six mois de loyers; ce paiement anticipé doit s'imputer sur les six derniers mois de jouissance. Civ. rej., 26 janvier 1852, Sir., 52, 1, 122.

[15] Un avis du Conseil d'État des 13-25 février 1808 a déclaré les art. 2098 et 2121 du Code Napoléon, ainsi que la loi du 5 septembre 1807, applicables aux comptables du Trésor de la couronne, ce qui doit aujourd'hui s'entendre des comptables de la liste civile et de la dotation de la couronne.

[16] L'énumération contenue dans l'art. 7 de la loi du 5 septembre 1807, n'est pas limitative. Pont, n° 39. Req. rej., 5 mars 1855, Sir., 55, 1, 251.

[17] En effet, les percepteurs ne sont que de simples collecteurs ou préposés des receveurs généraux, et n'ont point de compte avec le Trésor. Aussi l'art. 8 de la loi du 5 septembre ne les mentionne-t-il pas. Décision du ministre des finances du 21 mars 1809, Sir., 9, 2, 302. Grenier, I, 287. Troplong, II, 430 *bis*. Pont, n° 39. Colmar, 10 juin 1820, Dev. et Car., *Coll., nouv.*, VI, 2, 271.

[18] Civ. rej., 19 février 1856, Sir., 56, 1, 727.

fournisseurs de l'État, qui auraient obtenu par anticipation des sommes excédant le montant de leurs fournitures[19].

Le privilége dont il est ici question s'étend, même à l'égard de la femme séparée de biens, à tous les meubles qui se trouvent dans les maisons d'habitation du mari[20], sauf à la femme à prouver qu'ils lui appartiennent légalement[21]. Mais il ne s'exerce qu'après les priviléges généraux et spéciaux énoncés aux art. 2101 et 2102 du Code Napoléon (même art. 2).

Outre le privilége général sur les meubles des comptables, le Trésor a un privilége spécial sur les immeubles acquis par eux, à titre onéreux, postérieurement à leur nomination (loi précitée, art. 4). Ce privilége est subordonné à la nécessité d'une inscription prise dans les deux mois de l'enregistrement des actes d'acquisition, faute de quoi il dégénère en simple hypothèque, conformément à l'art. 2113 (loi précitée, art. 5).

Quant aux immeubles acquis dès avant la nomination, ils ne sont soumis qu'à l'hypothèque légale, conformément aux art. 2121 et 2134 du Code Napoléon (loi précitée, art. 6), encore que le prix n'en ait été soldé que depuis cette époque[22].

[19] Req. rej., 3 mai 1843, Sir., 43, 1, 369.

[20] Les expressions de l'art. 2 de la loi du 5 septembre 1807, *dans les maisons d'habitation du mari,* ne présentent pas un sens parfaitement clair, et ne paraissent pas complètes. En les prenant au pied de la lettre, il en résulterait que si, de fait, la femme habitait seule une maison à elle appartenante, ou louée pour son compte, le privilége du Trésor ne s'étendrait pas aux meubles existant dans cette maison. Or, une pareille restriction serait d'autant moins admissible, que le législateur a évidemment voulu donner au privilége du Trésor, vis-à-vis des femmes des comptables, la plus grande latitude possible. Pont, n° 41. Cpr. Persil, sur l'art. 2098; Duranton, XIX, 234.

[21] Cette réserve ne concerne pas exclusivement les femmes séparées de biens : sous quelque régime qu'elle soit mariée, la femme d'un comptable est toujours recevable à prouver, par les moyens admis à l'égard des tiers, que les meubles trouvés dans son habitation, ou dans celle du mari, sont sa propriété. Pont, n° 41.

[22] Troplong, I, 92 *bis*. Pont, n° 42. — On peut objecter que le privilége du Trésor est fondé sur la présomption que les acquisitions ont été payées des deniers de l'État, et qu'au point de vue de cette présomption, des immeubles acquis, il est vrai, par des actes antérieurs à la nomination, mais dont le prix n'a été payé que depuis, ne sauraient être considérés comme ayant appartenu au comptable dès avant son entrée en fonction. Quelque grave que puisse paraître cette objection, on ne doit cependant pas s'y arrêter. D'une part, en effet, la présomption qui sert de base au privilége, est évidemment moins puissante pour les ac-

Il en est de même des immeubles acquis à titre gratuit postérieurement à la nomination, à moins cependant que la transmission n'en ait eu lieu sous des charges qui, par leur nature et leur importance, soient à considérer comme constituant un prix[23].

Enfin, on doit placer sur la même ligne que les acquisitions à titre gratuit, celles qui ont eu lieu par voie d'échange, sans soulte ni retour de lots à la charge du comptable[24].

Les femmes des comptables, même séparées de biens, sont légalement réputées personnes interposées dans les acquisitions à titre onéreux par elles faites postérieurement à la nomination de leurs maris ; et la loi soumet en conséquence les immeubles ainsi acquis au privilége du Trésor. Toutefois, cette présomption d'interposition n'est point absolue, et peut être utilement combattue par la preuve que les deniers employés à une acquisition faite par la femme, lui appartiennent (loi précitée, art. 4, n° 2). D'un autre côté, cette présomption ne peut, en tant que présomption légale, être étendue à des acquisitions faites par le fils ou par un ascendant du comptable, sauf au Trésor à prouver que les deniers employés à l'acquisition ont été fournis par ce dernier, et qu'ainsi l'acquéreur apparent n'est, en réalité, qu'une personne interposée[25].

e. *Privilége pour frais de justice criminelle.*

Une seconde loi du 5 septembre 1807 règle le privilége du Trésor pour le remboursement des frais, dont la condamnation est prononcée à son profit, en matière criminelle, correctionnelle, ou de simple police.

Ce privilége frappe sur la généralité des meubles et des immeubles des condamnés.

quisitions qui remontent à une époque antérieure à la nomination du comptable, que pour les acquisitions faites depuis cette époque ; d'autre part, la loi s'étant exclusivement attachée aux dates des acquisitions, et n'ayant fait, en ce qui concerne les acquisitions antérieures à la nomination, aucune distinction entre celles dont les prix auraient été soldés avant ou après la nomination, il ne saurait être permis, en suppléant une pareille distinction, d'étendre le privilége à des immeubles qui n'y ont pas été formellement soumis.

23 Req. rej., 5 mars 1855, Sir., 55, 1, 251.

24 Duranton, XIX, 234. Pont, n° 41.

25 Troplong, I, 92. Pont, n° 42. Limoges, 22 juin 1808, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, 2, 402.

Il est primé, quant au mobilier, par les priviléges désignés aux art. 2101 et 2102 du Code Napoléon, et par les sommes dues pour la défense personnelle des condamnés[26] (loi précitée, art. 2).

D'un autre côté, il ne peut s'exercer sur la masse immobilière qu'à défaut de mobilier[27], et seulement après les priviléges et droits suivants (loi précitée, art. 4) :

α. Les priviléges énumérés en l'art. 2101 du Code Napoléon.

β. Les priviléges indiqués à l'art. 2103 du même Code, pourvu qu'ils aient été dûment conservés.

γ. Les hypothèques légales existant indépendamment de l'inscription, lorsqu'elles sont antérieures, soit au mandat d'arrêt décerné contre le condamné, soit au jugement de condamnation, s'il n'a pas été décerné de mandat d'arrêt.

δ. Les autres hypothèques, résultant d'actes antérieurs au mandat d'arrêt ou au jugement de condamnation[28].

26 La créance du défenseur est-elle privilégiée, non-seulement à l'égard du Trésor public, mais encore à l'égard de tous les créanciers chirographaires du condamné? Ou, au contraire, ne jouit-elle que d'une simple préférence sur les frais de justice? Tarrible (*Rép.*, v° Privilége, sect. II, § 2, n° 7) et M. Troplong (I, 35) se prononcent dans ce dernier sens, et enseignent, en conséquence, que la somme allouée au défenseur du condamné doit être prélevée sur la collocation accordée pour les frais de justice, sauf au Trésor public à concourir pour cette somme, par contribution ou au marc le franc, avec les créanciers cédulaires. Cette opinion ne nous paraît pas devoir être suivie. Nous pensons, avec MM. Pardessus (*Droit commercial*, IV, 1197), Duranton (XIX, 259), Valette (n° 39), et Pont (n° 46), que la loi du 5 septembre 1807 établit virtuellement un véritable privilége en faveur des sommes dues pour la défense du condamné; qu'ainsi le défenseur et le Trésor doivent être colloqués, pour l'intégralité de leurs créances, avant les créanciers cédulaires. Le système contraire restreint arbitrairement l'effet du privilége pour frais de justice criminelle, puisque, d'après le texte et l'esprit manifeste de la loi, le Trésor doit, pour le recouvrement intégral de ces frais, primer, après le paiement des sommes dues pour la défense du condamné, tous les créanciers cédulaires de ce dernier.

27 Arg. art. 2098 cbn. 2105. Persil, sur l'art. 2104, n° 1. Troplong, I, 94 *ter*. Pont, n° 44. Civ. rej., 22 août 1836, Sir., 36, 1, 625. — Il font donc appliquer au privilége du Trésor, pour frais de justice criminelle, les explications données au § 262.

28 On ne doit pas, sous ce rapport, assimiler au mandat d'arrêt, un simple mandat de dépôt. Les hypothèques résultant d'actes postérieurs à un mandat de dépôt, même suivi d'incarcération, priment le privilége du Trésor, à supposer, bien entendu qu'elles aient été inscrites avant ce dernier. Faustin-Hélie, *Instruction criminelle*, V, § 381, p. 781. Duverger, *Manuel du juge d'instruction*,

ε. Les sommes dues pour la défense personnelle du condamné.

Le privilége dont il s'agit, établi pour assurer le recouvrement des frais de justice criminelle, ne peut être étendu aux amendes, à raison desquelles le Trésor ne jouit que de l'hypothèque judiciaire[29]. Il ne s'applique même pas aux frais de poursuites pour banqueroute simple ou frauduleuse, en ce sens, du moins, que ces frais ne peuvent être mis à la charge de la masse[30].

Il doit, pour conserver, quant aux immeubles, le caractère de privilége, être inscrit dans les deux mois à dater du jugement de condamnation ; faute de quoi, il dégénère en simple hypothèque, conformément à l'art. 2113 (loi précitée, art. 3).

En cas d'aliénation des immeubles, le privilége du Trésor ne peut même être utilement inscrit que jusqu'à la transcription des actes d'aliénation, peu importe que ces actes soient antérieurs ou postérieurs au mandat d'arrêt ou au jugement de condamnation[31]. L'inscription prise seulement après la transcription des actes d'aliénation serait inefficace, non-seulement en ce qui concerne le droit de suite, mais même quant au droit de préférence; de telle

II, 428. Nancy, 8 avril 1865, Sir., 65, 2, 92. Civ. rej., 7 janvier 1868, Sir., 68, 1, 63. Voy. en sens contraire : Pont, n° 47; Poitiers, 9 janvier 1849, Sir., 52, 1, 529.

29 Grenier, II, 416. Troplong, I, 95 *ter*. Duranton, XIX, 236. Pont, n° 45.

30 Code de comm., art. 587 et 592. — Lorsque les poursuites dirigées contre un commerçant tombé en faillite, ont porté tout à la fois sur des faits de banqueroute simple ou frauduleuse, et sur d'autres crimes ou délits, le Trésor jouit, à l'encontre de la masse, du privilége, pour la partie des frais relative aux faits de cette dernière espèce, à supposer, d'ailleurs, qu'ils soient antérieurs à la déclaration de faillite. Paris, 4 mars 1839, Dalloz 1839, 2, 108. Metz, 28 février 1856, Sir., 56, 2, 321. Besançon, 30 août 1856, Sir., 56, 2, 698.

31 Avant la loi du 23 mars 1855, il pouvait y avoir doute sur la question de savoir si les immeubles aliénés par le condamné depuis le mandat d'arrêt ou depuis la condamnation restaient soumis au privilége du Trésor. Voy. Lettre du grand-juge du 9 août 1808, Sir., 8, 2, 270; Persil, sur l'art. 2098, n° 22; Troplong, I, 95 ; Pont, n° 48. Mais il semble que la question soit aujourd'hui sans intérêt. Si les actes d'aliénation passés par le condamné, quoique postérieurement au mandat d'arrêt ou au jugement de condamnation, ont été transcrits, le privilége du Trésor ne peut plus être utilement inscrit, se trouvât-on encore dans le délai de deux mois à dater du jugement de condamnation. Si, au contraire, il s'agit d'actes d'aliénation non encore transcrits, le privilége du Trésor peut toujours être inscrit, que ces actes soient postérieurs ou antérieurs au mandat d'arrêt ou au jugement de condamnation. Cpr. § 278.

sorte que le Trésor ne pourrait, dans l'ordre ouvert pour la distribution des prix de vente, réclamer une collocation au préjudice des créanciers hypothécaires régulièrement inscrits [32].

La faillite du condamné ne dispense pas le Trésor de prendre inscription dans le délai de deux mois [33].

f. *Privilége pour le recouvrement des contributions directes.*

La loi du 12 novembre 1808, art. 1er, a réglé ce privilége, en distinguant, pour les objets sur lesquels il porte, entre la contribution foncière et les autres contributions directes.

Le privilége relatif à la contribution foncière est spécial, et affecte les récoltes, fruits, loyers et revenus des immeubles sujets à la contribution. Il peut être exercé dans le cas même où ces immeubles ont passé dans les mains de tiers acquéreurs, et emporte ainsi un véritable droit de suite sur les fruits et revenus qui en sont grevés [34]; mais il ne frappe pas sur les immeubles mêmes des redevables [35].

Le privilége pour le recouvrement des autres contributions directes [36] est général, et affecte tous les meubles et effets mobiliers appartenant aux redevables, en quelque lieu qu'ils se trouvent. Le Trésor ne serait cependant pas autorisé à porter son exécution sur des meubles qui auraient cessé d'appartenir au débiteur [37].

32 Cpr. §§ 272 et 278. Civ. rej., 12 juillet 1852, Sir., 52, 1, 529. Voy. cep. Troplong, I, 95 et 95 *bis*. L'opinion du savant auteur, qui enseigne que le Trésor, tout en perdant le droit de suite, conserve le droit de préférence, pourvu qu'il prenne inscription dans les deux mois du jugement de condamnation, très-contestable sous l'empire des art. 834 et 835 du Code de procédure, ne peut plus se soutenir depuis la loi du 23 mars 1855, sur la transcription. — Il est bien entendu, du reste, que le Trésor, déchu au regard des créanciers hypothécaires de son droit de préférence sur le prix encore dû, n'en jouit pas moins, à l'encontre des simples créanciers chirographaires, de son privilége sur ce prix considéré comme valeur mobilière.

33 Metz, 28 février 1856, Sir., 56, 2, 321. Besançon, 30 avril 1856, Sir., 56, 2, 698.

34 Pont, n° 50. Foucart, *Droit administratif*, II, 959. Req. rej., 6 juillet 1852, Sir., 52, 1, 534.

35 Pont, n° 51. Foucart, *op. cit.*, II, 958.

36 Cpr. Civ. cass., 15 juillet 1868, Sir., 68, 1, 448.

37 Civ. cass., 17 août 1847, Sir., 48, 1, 45.

Le privilége tant des contributions foncières que des autres contributions directes, est restreint à ce qui est dû pour l'année échue et pour l'année courante. Il s'exerce avant tout autre, et prime par conséquent les créances énoncées en l'art. 2101, à l'exception toutefois des frais faits pour la réalisation du gage et la distribution du prix en provenant, frais qui forment l'objet d'un véritable prélèvement. Il prime même les priviléges particuliers du locateur et du créancier gagiste, alors du moins qu'ils n'ont pris naissance qu'après celui du Trésor [38].

g. *Privilége pour droits et amendes en matière de timbre.*

L'art. 76, al. 2, de la loi des finances du 28 avril 1816 a étendu aux droits de timbre, et aux amendes pour contraventions y relatives, le privilége établi et réglé par la loi du 12 novembre 1808 pour les contributions directes.

Observations communes à tous les priviléges du Trésor.

Aux termes du second alinéa de l'art. 2098, le Trésor ne peut obtenir de privilége au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers.

Cette disposition n'est pas une simple application du principe de la non-rétroactivité des lois. Elle prévoit et règle le concours du Trésor avec des tiers acquéreurs ou des créanciers qui, dès avant l'époque où les créances de ce dernier ont pris naissance, avaient acquis des droits de propriété ou de préférence sur les biens des redevables, et statue qu'en pareil cas, ces droits l'emportent sur le privilége du Trésor [39].

[38] Quelque rigoureuse que cette solution puisse paraître, et bien qu'elle soit contraire à la maxime *Les meubles n'ont pas de suite,* nous n'hésitons cependant pas à l'adopter. Les termes *et s'exerce avant tout autre,* dont se sert le premier alinéa de l'art. 1er de la loi du 12 novembre 1808, nous paraissent trop précis et trop formels pour admettre des exceptions et restrictions quelconques, alors surtout qu'on les combine avec les expressions finales du n° 2 de cet article, *en quelque lieu qu'ils se trouvent.* Cpr. Troplong, I, 33, 63 et 96 ; Pont, n° 53. — M. Duranton (XIX, 231), tout en reconnaissant que le privilége dont il s'agit prime celui du propriétaire pour loyers ou fermages, enseigne qu'il est primé par celui du créancier gagiste, et même par celui des frais de conservation de la chose.

[39] La disposition dont il s'agit a été insérée au Code par suite d'un débat qui s'était élevé, au sein du Conseil d'État, sur l'effet du privilége du Trésor, quant

La loi du 5 septembre 1807, relative aux frais de justice criminelle, a fait une application particulière de la règle posée par le deuxième alinéa de l'art. 2098, en disposant dans son art. 4 que le privilége du Trésor ne s'exercerait sur les immeubles des condamnés, qu'après les hypothèques, légales ou autres, antérieures au mandat d'arrêt ou au jugement de condamnation.

On doit conclure de la même règle que le privilége des contributions directes ne peut s'exercer au préjudice du créancier nanti d'un gage dès avant l'époque à laquelle remonte ce privilége [40], ni celui des droits de mutation par décès, au préjudice des créanciers ayant à faire valoir un privilége du chef du défunt [41].

Du reste, les priviléges du Trésor ne datent pas seulement du jour où ses créances sont devenues certaines et liquides ; ils remontent à la date même des faits auxquels elles se rattachent ; et ils restent efficaces, malgré la déclaration de faillite du débiteur, survenue avant la constatation et la liquidation de ces créances. C'est ainsi que le privilége pour le recouvrement des frais de poursuite criminelle auxquels a été condamné un négociant failli, est efficace à l'égard des créanciers de la masse, si la condamnation a été prononcée à raison de faits antérieurs à la déclaration de faillite [42].

aux biens des comptables ; et il résulte jusqu'à l'évidence du procès-verbal de cette discussion, que le Conseil n'a pas seulement entendu sauvegarder les droits acquis à des tiers avant la promulgation des lois nouvelles qui pourraient intervenir, mais qu'il a bien réellement voulu maintenir, au regard du Trésor, l'efficacité des priviléges acquis avant la naissance de ses créances ou droits privilégiés. C'est ainsi que le consul Cambacérès disait : « Il est nécessaire d'exprimer « cette limitation, et de dire que les priviléges du Trésor public ne pourront dé« truire ceux qui existeraient *antérieurement à la gestion du comptable.* » (Locré, *Lég.*, XVI, p. 246, nos 19 et 20). Cpr. aussi : art. 11 et 13 du projet de la Section de législation. — MM. Troplong (I, 90) et Pont (no 29) estiment, au contraire, que l'al. 2 de l'art. 2098 n'a eu d'autre objet que de consacrer l'inviolabilité des droits acquis à des tiers au moment de la promulgation des lois nouvelles qui devaient organiser le privilége du Trésor.

40 Req. rej., 7 mai 1816, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 1, 187.

41 Amiens, 18 novembre 1854, Sir., 55, 2, 47. Cpr. texte *b*, et note 11 *supra*.

42 Voy. note 30 *supra*, et les arrêts y cités. — Cependant la loi du 5 septembre 1807, concernant les frais de justice criminelle, ne fait remonter le privilége du Trésor sur les immeubles du condamné qu'au mandat d'arrêt, ou, s'il n'en a pas été décerné, qu'au jugement de condamnation. Cpr. texte, lett. *ε*, *supra*.

II. *Des priviléges établis par le Code de commerce.*

1° Les dispositions des lois maritimes auxquelles se référait l'art. 2120 du Code Napoléon, ont été reproduites ou remplacées par les art. 191, 271, 280, 307, 308, 320 à 323 du Code de commerce, qui établissent les priviléges suivants [43] :

a. *Privilége sur les navires et autres bâtiments de mer* [44].

Les créances privilégiées sur les navires et autres bâtiments de mer sont rangées par l'art. 191 précité en onze catégories. Le rang respectif de ces créances est fixé par l'ordre dans lequel elles sont énumérées ; celles qui se trouvent comprises sous une même catégorie viennent, en général, en concurrence entre elles [45].

Les conditions d'exercice et les causes d'extinction des priviléges dont il est ici question sont réglées par les art. 192 à 196.

Le privilége énoncé au n° 7 de l'art. 191 garantit les prêts à simple intérêt aussi bien que les prêts à la grosse. Si, pour être admis à l'exercer, les prêteurs doivent justifier de la nécessité des emprunts, conformément au n° 5 de l'art. 192, ils ne sont pas tenus de prouver l'emploi utile de leurs deniers [46]. Lorsque, pendant le dernier voyage, plusieurs emprunts successifs ont été faits dans des lieux de relâche différents, chaque prêteur prime ceux qui l'ont précédé dans l'ordre des temps [47].

Le privilége dont s'occupe le n° 8 de l'art. 191 se perd, d'une

[43] Cpr. sur cette matière : Valin, *Commentaire sur l'ordonnance de la marine*, nouv. édit., par Bécane ; Paris 1834, 1 vol. in-4° ou 2 vol. in-8°. Émérigon, *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, nouv. édit. mise en rapport avec le Code de commerce et la jurisprudence, par Boulay-Paty ; Rennes 1827, 2 vol. in-4°. Pardessus, *Droit commercial*, III, 939 et suiv.

[44] Les dispositions de l'art. 191 du Code de commerce ne s'étendent pas aux barques et bâtiments servant exclusivement à l'agrément du propriétaire. Locré, *Lég.*, XVIII, p. 296, n° 2.

[45] Voy. cep. texte et note 47 *infra*.

[46] Pardessus, III, 747. Boulay-Paty, I, p. 119.

[47] Arg. art. 323. Le prêteur qui a fourni des deniers en dernier lieu, *salvam fecit causam totius pignoris*. Pardessus, III, 954. Boulay-Paty, I, p. 118.

manière absolue[48], par tout voyage[49] que le navire, même resté en la possession du débiteur, a fait en mer sans opposition de la part des créanciers auxquels compétait ce privilége.

La question de savoir si les fournisseurs et ouvriers employés à la construction d'un navire, jouissent du privilége établi par le n° 8 de l'art. 191, lorsque celui auquel ils ont fait des fournitures ou pour lequel ils ont travaillé, est un entrepreneur qui a construit pour le compte d'un tiers, doit se décider, en leur faveur ou contre eux, suivant qu'ils ont ignoré cette circonstance ou qu'ils l'ont connue[50].

Le donneur à la grosse jouit du privilége établi par le n° 9 de l'art. 191, dans le cas même où le voyage ayant été rompu par force majeure ou par le fait de l'armateur, il n'y a pas eu commencement de risque maritime[51]. Il en serait cependant autrement, si le contrat à la grosse avait été résolu de commun accord par les parties.

Le privilége dont il vient d'être question s'étend à l'intérêt simple dû, pour les sommes prêtées à la grosse, depuis l'expiration des risques jusqu'au remboursement[52].

Par exception à la règle que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, l'art. 190 du Code de commerce attache un droit de suite aux priviléges sur les navires et autres bâtiments de mer. Ce droit de suite s'éteint, au profit de l'acquéreur, par les causes indiquées en l'art. 193. Cpr. art. 194 à 196.

b. *Privilége sur le fret.*

L'art. 271 du Code de commerce, qui forme, en ce qui concerne le privilége dont jouissent les loyers des matelots, le complément du n° 6 de l'art. 191, affecte à ce privilége le fret aussi bien que le navire.

48 C'est-à-dire qu'il ne peut plus être opposé aux créanciers même simplement chirographaires. Aix, 17 juillet 1828, Sir., 29, 2, 62.

49 Ici ne s'appliquent pas les art. 193 et 194, qui ne sont relatifs qu'au droit de suite. Caen, 12 août 1861, Sir., 63, 2, 49.

50 *Nec obstat* art. 1798. Pardessus, III, 943. Boulay-Paty, I, p. 129. Pont, n° 97. Caen, 21 mars 1827, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VIII, 2, 348. Req. rej., 30 juin 1829, *ibid.*, IX, 1, 320. Voy. cep. Persil, *Quest.*, ch. IV, § 4; Dageville, *Commentaire du Code de comm.*, II, p. 683; Rennes, 7 mai 1818, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 380; Rouen, 31 mai 1826, *ibid.*, VIII, 2, 239.

51 Caen, 28 février 1844, Sir., 44, 2, 295.

52 Civ. rej., 20 février 1844, Sir., 44, 1, 197.

Le privilége sur le fret, ne portant pas directement sur les marchandises du chargement, ne peut être exercé sur le prix de ces marchandises que sous les conditions déterminées par l'art. 307[53].

c. *Privilége sur le chargement.*

L'art. 307 du Code de commerce accorde au capitaine, pour le paiement du fret, un privilége sur les marchandises de son chargement, mais seulement pendant la quinzaine qui suit leur délivrance. Encore ce privilége serait-il éteint avant l'expiration de ce délai, si le capitaine s'étant dessaisi des marchandises qui y sont affectées, elles avaient passé en main tierces[54].

Ce privilége l'emporte sur tous autres, même sur ceux du vendeur non payé, et du Trésor pour tous les droits de douane[55].

d. *Privilége portant tout à la fois sur le navire, sur le fret, et sur le chargement.*

Le navire, les agrès et apparaux, le fret, et les marchandises chargées, sont respectivement affectés à l'exécution des engagements résultant de la charte-partie. Art. 280 du Code de commerce.

Ce privilége est primé par celui des matelots pour leurs loyers. Le fret ne peut, en ce qui les concerne, être absorbé ni diminué par l'effet de clauses particulières insérées dans la charte-partie[56].

Quant au privilége destiné à garantir les sommes prêtées à la grosse, il est spécialement réglé par les art. 320 à 323 du Code de commerce.

2° A côté des priviléges qui viennent d'être énumérés, et qui sont particuliers au Droit maritime, le Code de commerce établit encore deux autres priviléges relatifs au commerce en général.

a. *Privilége du commissionnaire.*

Les art. 93, 94 et 95 du Code de commerce, relatifs au privilége du commissionnaire, ont été notablement modifiés par la loi du 23 mai 1863, qui a réuni, dans le nouvel art. 95 de ce Code, les dispositions spéciales à la matière.

53 Civ. rej., 20 mai 1857, Sir., 59, 1, 170. Cpr. Civ. rej., 9 juin 1845, Sir., 46, 1, 53.

54 Cpr. Civ. rej., 9 juin 1845, Sir., 46, 1, 53.

55 Pardessus, III, 961. Pont, n° 104.

56 Pardessus, III, 960. Pont, n° 100.

Aux termes du premier alinéa de cet article, tout commissionnaire[57] a privilége sur la valeur des marchandises à lui expédiées, déposées ou consignées, et ce par le fait seul de l'expédition, du dépôt, ou de la consignation, pour tous les prêts, avances, ou paiements faits par lui, soit avant la réception des marchandises, soit pendant le temps qu'elles sont en sa possession.

Il résulte de cette disposition :

α. Qu'à la différence de ce qui avait lieu sous l'empire de l'ancien art. 95, le privilége du commissionnaire n'est plus subordonné à la condition que les marchandises aient été expédiées d'une autre place, ou qu'elles aient été déposées ou consignées par un individu résidant dans un autre lieu que le commissionnaire.

β. Que le privilége peut être réclamé, non-seulement pour les avances concernant spécialement les marchandises qui y sont affectées, mais indistinctement pour toutes les sommes ou valeurs fournies sous une forme quelconque, soit au propriétaire des marchandises lui-même, soit à des tiers à sa décharge, et notamment pour les mandats acquittés, les crédits ouverts, les achats faits au compte du propriétaire, et les paiements effectués à son acquit[58].

γ. Que le privilége garantit non-seulement les avances faites par le commissionnaire depuis la réception, soit des marchandises elles-mêmes, soit du connaissement ou de la lettre de voiture qui en constate l'expédition, mais même celles qui auraient eu lieu antérieurement à cette époque, en vue d'une consignation qui ne s'est réalisée qu'ultérieurement[59].

[57] Le banquier qui a fait, même à un commerçant d'une autre place, des avances sur dépôt de titres, ne peut être considéré comme un commissionnaire dans le sens de l'art. 95 du Code de commerce, et ne jouit pas du privilége établi par cet article. Civ. rej., 13 janvier 1868, Sir., 68, 1, 131.

[58] C'est ce que la doctrine et la jurisprudence avaient déjà admis sous l'empire des anciennes dispositions du Code de commerce. Voy. Troplong, *Du nantissement*, nos 207 et suiv. ; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 391; Civ. cass., 22 juillet 1817, Sir., 18, 1, 46; Req. rej., 8 juin 1829, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IX, 1, 306; Civ. cass., 23 juin 1830, Sir., 30, 1, 254 ; Civ. cass., 29 avril 1833, Sir., 33, 1, 431 ; Rouen, 29 novembre 1838, Sir., 39, 2, 33. — Lorsque, sur des envois successifs de marchandises, il a été fait des avances successives par le commissionnaire, toutes ces avances sont, à moins de convention contraire, garanties par l'ensemble des marchandises dont le commissionnaire se trouve nanti. Civ. rej., 14 mars 1855, Sir., 55, 1, 177.

[59] La question était autrefois controversée. Voy. dans le sens de la solution consacrée par la loi du 23 mai 1863 : Delamarre et Lepoitvin, *op. cit.*, II, 392

Le privilége dont s'agit, garantit tout aussi bien les intérêts, commissions, et frais dus au commissionnaire, que le principal de ses avances. Art. 95, al. 3.

Ce privilége n'est pas exclusivement accordé au commerçant, exerçant habituellement la profession de commissionnaire ; il appartient à tout consignataire ou dépositaire, même non commerçant, qui a fait des avances sur des marchandises à lui expédiées, consignées, ou déposées, peu importe d'ailleurs qu'il ait reçu mandat de vendre ces marchandises, ou que le propriétaire se soit réservé de les vendre lui-même, ou de les faire vendre par un tiers [60].

Il est également indifférent que le commettant soit ou non commerçant, et que l'opération qu'il a faite constitue ou non de sa part un acte de commerce [61].

Mais l'existence du privilége est subordonnée à la condition que les marchandises sur lesquelles il doit s'exercer, aient été mises et soient restées en la possession du commissionnaire, ou d'un tiers convenu entre les parties. Le commissionnaire est réputé avoir les marchandises en sa possession, lorsqu'elles sont à sa disposition, dans ses magasins ou navires, à la douane ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il en a été saisi par un connaissement ou par une lettre de voiture [62]. Art. 95, al. 2, et 92.

et suiv.; Troplong, *op. cit.*, nos 219 et suiv. ; Civ. rej., 23 avril 1816, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, X, 1, 180; Bordeaux, 28 janvier 1839, Rennes, 12 juin 1840, et Dijon, 10 avril 1844, Sir., 49, 2, 1, à la note ; Paris, 18 novembre 1848, Sir., 49, 2, 1. Voy. en sens contraire : Aix, 11 janvier 1831, Sir., 31, 2, 149 ; Nîmes, 7 juin 1843, Sir., 49, 2, 1, à la note ; Douai, 29 novembre 1843, Sir., 44, 2, 145 ; Civ. cass., 18 mai 1845, Sir., 45, 1, 258 ; Civ. rej., 4 décembre 1848, Sir., 49, 1, 5 ; Civ. cass., 12 février et 13 novembre 1850, Sir., 50, 1, 246 et 769.

60 Toute personne qui fait des avances sur des marchandises qu'elle est chargée de vendre ou de conserver en consignation, fait acte de commission ; et d'un autre côté, le nouvel art. 95, pas plus que l'ancien art. 93, ne subordonne le privilége du commissionnaire à la condition qu'il ait reçu mandat de vendre. Pardessus, *Droit commercial*, IV, 1203. Troplong, *op. cit.*, nos 158 et suiv. Delamarre et Lepoitvin, *op. cit.*, II, 399 et 406. Civ. rej., 23 avril 1816, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 1, 180. Aix, 23 août 1831, Sir., 32, 2, 162. Rouen, 29 novembre 1838, Sir., 39, 2, 33. Nancy, 14 décembre 1838, Sir., 39, 2, 239. Civ. cass., 6 mai 1845, Sir., 45, 4, 503. Bordeaux, 28 janvier 1846, Sir., 46, 2, 213.

61 Delamarre et Lepoitvin, *Traité de droit commercial*, II, 27. Massé, *Droit commercial*, IV, 2830. Agen, 8 juillet 1867, Sir., 68, 2, 101.

62 Cpr. Orléans, 18 avril 1866, Sir., 67, 2, 108.

Le mode d'exercice du privilége du commissionnaire est réglé, suivant les cas, soit par le dernier alinéa de l'art. 95, soit par l'art. 93.

La faillite du propriétaire des marchandises reste sans influence sur le privilége du commissionnaire, même quant aux avances qu'il n'aurait faites que depuis l'époque fixée pour l'ouverture de la faillite, ou dans les dix jours qui l'ont précédée[63].

b. *Privilége des ouvriers et des commis.*

L'art. 549 du Code de commerce a attaché aux salaires des ouvriers employés directement par le failli et à ceux des commis, un privilége analogue à celui que l'art. 2101, n° 4, accorde aux salaires des gens de service[64].

III. *Des priviléges établis par différentes lois spéciales.*

a. *Privilége du second ordre sur le cautionnement des fonctionnaires publics.*

Le bailleur de fonds destinés à former, en tout ou en partie, le cautionnement d'un fonctionnaire public, peut, en remplissant les formalités prescrites à cet effet, s'assurer, sur ce cautionnement, un privilége appelé *de second ordre*, parce qu'il s'exerce immédiatement après le privilége établi par le n° 7 de l'art. 2102[65].

Le privilége de second ordre n'étant accordé qu'aux bailleurs des fonds avec lesquels le cautionnement a été fait, il ne dépend pas de la volonté du titulaire de conférer, à tel ou tel de ses créanciers, un pareil privilége sur un cautionnement qu'il aurait lui-même fourni[66], ou dont il aurait, au moyen de ses propres deniers, remboursé les fonds au bailleur originaire[67].

63 Troplong, *op. cit.*, n° 260. Rennes, 13 juin 1818, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 391. Douai, 29 novembre 1843, Sir., 44, 2, 145. Rouen, 7 juillet 1853, Sir., 54, 2, 387.

64 Voy. sur ce privilége : § 260, texte n° 4 et note 23.

65 Ce privilége est établi et réglé par les lois et décrets suivants : Lois du 25 nivôse et du 6 ventôse an XIII ; décrets du 28 août 1808 et du 22 décembre 1812. Voy. aussi l'ordonnance du 8 mai 1816, qui a transféré au Trésor l'administration des fonds de cautionnement, primitivement attribuée à la caisse des consignations.

66 Paris, 11 juin 1836, Sir., 36, 2, 395. Req. rej., 30 mai 1838, Sir., 38, 1, 753.

67 Paris, 4 mars 1834, Sir., 34, 2, 209. Bourges, 8 mars 1844, Sir., 45, 2, 491.

Le privilége de second ordre n'existe que sous la condition d'une déclaration notariée, donnée au bailleur de fonds par le titulaire du cautionnement. Mais il n'est pas nécessaire que cette déclaration précède ou accompagne le versement au Trésor des fonds du cautionnement; elle peut être utilement faite à une époque postérieure[68]. Du reste, la déclaration dont il s'agit, quoique dite *de propriété*, n'a d'autre effet que d'assurer le privilége du second ordre au bailleur de fonds, qui ne reste pas propriétaire des deniers par lui versés ; d'où la conséquence que les créanciers, même simplement chirographaires, du titulaire du cautionnement, sont admis à y former opposition, et qu'il doit, en pareil cas, être procédé à une distribution par contribution en la forme ordinaire[69].

Pour pouvoir être opposé aux autres créanciers, le privilége du second ordre doit en outre être inscrit au Trésor; et c'est à partir seulement de son inscription qu'il devient efficace à leur égard. Il en résulte qu'il ne peut être exercé au détriment des créanciers qui, antérieurement à l'accomplissement de cette formalité, ont formé opposition sur les fonds du cautionnement[70], et que, d'un autre côté, l'inscription serait tardive, si elle n'avait été faite qu'après le jugement déclaratif de la faillite du titulaire du cautionnement[71].

Bien que les lois qui ont établi le privilége dont s'agit, ne s'occupent spécialement que des cautionnements des fonctionnaires publics, il semble que ce privilége doive être également accordé à ceux qui ont fourni les fonds de cautionnements déposés par des fournisseurs ou entrepreneurs de l'État[72].

b. *Privilége des ouvriers et fournisseurs pour travaux de l'État.*

Un décret du 26 pluviôse an II confère, par ses art. 3 et 4, aux ouvriers et fournisseurs pour travaux de l'État, un privilége sur les sommes dues aux entrepreneurs.

68 Civ. rej., 18 avril 1855, Sir., 55, 1, 813. Bordeaux, 21 juillet 1862, Sir., 63, 2, 20.

69 Civ. rej., 17 juillet 1849, Sir., 50, 1, 529. Voy. en sens contraire : Rouen, 15 avril 1806, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, 2, 132 ; Paris, 24 avril 1834, Sir., 34, 2, 218.

70 Civ. rej., 19 juillet 1842, Sir., 42, 1, 584.

71 Civ. rej., 4 décembre 1848, Sir., 49, 1, 5.

72 C'est ce qui a été implicitement jugé par l'arrêt cité à la note précédente.

Ce privilége a lieu, alors même que l'entreprise a pour objet une œuvre d'art[73]. Il n'affecte que les sommes dues à l'entrepreneur pour les travaux qu'il a exécutés, et ne s'étend pas aux fonds de son cautionnement[74].

Le privilége dont s'agit est spécial aux travaux entrepris pour le compte de l'État. Il ne s'applique, ni aux travaux exécutés pour le compte de la liste civile[75], ni à ceux des communes[76] ou des départements[77], à moins que l'État ne doive contribuer pour une part aliquote à la dépense de pareils travaux[78]. A plus forte raison, n'est-il pas applicable aux travaux de chemins de fer exécutés par des compagnies à leurs propres frais : et ce, dans le cas même où l'État aurait garanti à ces compagnies un minimum d'intérêts jusqu'à concurrence d'une certaine somme[79].

[73] Req. rej., 20 août 1862, Sir., 63, 1, 386.

[74] On ne peut invoquer, en faveur de l'opinion contraire, le décret du 12 décembre 1806, qui est spécial aux fournitures pour le service de la guerre. Pont, n° 56. Bordeaux, 21 novembre 1848, Sir., 49, 2, 270. Req. rej., 31 juillet 1849, Sir., 49, 1, 747. Voy. cep. Angers, 20 décembre 1850, Sir., 51, 2, 172.

[75] Civ. cass., 17 décembre 1860, Sir., 61, 1, 282. Amiens, 3 juillet 1862, Sir., 63, 2, 84.

[76] Serrigny, *Revue critique*, 1859, XIV, p. 265. Pont, n° 56. Req. rej., 12 décembre 1831, Sir., 32, 1, 275. Lyon, 21 janvier 1846, Sir., 46, 2, 262. Req. rej., 18 janvier 1854, Sir., 54, 1, 441. Poitiers, 9 mars 1859, Sir., 59, 2, 284. Grenoble, 7 février 1868, Sir., 68, 2, 81. — Les travaux d'établissement ou d'entretien de chemins vicinaux de grande communication doivent, sous le rapport dont il s'agit, être rangés dans la classe des travaux communaux. Caen, 20 juin 1859, Sir., 60, 2, 51.

[77] Bordeaux, 30 novembre 1858, Sir., 59, 2, 317. Req. rej., 9 août 1859, Sir., 60, 1, 558. Voy. en sens contraire : Pont, n° 56 ; Angers, 31 mars 1852, Sir., 52, 2, 219. On dit, à l'appui de cette dernière opinion, qu'à la date du décret de pluviôse an II, les départements n'avaient pas encore d'existence comme personnes morales, ni d'organisation financière distincte de celle de l'État, et que les travaux qui aujourd'hui sont à la charge des départements, s'exécutaient alors pour le compte de l'État, d'où l'on conclut que le décret précité doit continuer à s'y appliquer. Mais cette conclusion ne nous paraît pas juridique.

[78] Paris, 27 août 1853, Sir., 53, 2, 647. Paris, 30 juillet 1857, Sir., 58, 2, 200. Req. rej., 30 août 1862, Sir., 63, 2, 286. — Mais une simple subvention accordée par l'État ne saurait faire considérer comme exécutés pour son compte des travaux entrepris par une commune ou par un département. Civ. rej., 12 août 1862, Sir., 62, 1, 958.

[79] Hérisson, *Revue pratique*, 1860, X, p. 565. Poitiers, 9 mars 1859, Sir., 59, 2, 284. Req. rej., 16 juillet 1860, Sir., 60, 1, 896.

L'art. 550 du Code de commerce n'a point aboli, pour le cas de faillite de l'entrepreneur, le privilége des fournisseurs de matériaux employés à des travaux de l'État[80].

Le privilége des ouvriers et fournisseurs pour travaux de l'État, s'exerce, sur les sommes dues à raison de ces travaux, nonobstant toutes cessions que les entrepreneurs en auraient consenties, soit en faveur de tierces personnes, soit même au profit exclusif de quelques-uns seulement des créanciers privilégiés[81]. Décret précité, art. 3 et 4.

c. *Privilége des sous-traitants pour fournitures faites au service de la guerre.*

Le décret du 12 décembre 1806, dit de *Posen,* combiné avec celui du 13 juin précédent, reconnaît implicitement, aux sous-traitants de cette catégorie, un privilége sur les sommes dues aux traitants par l'État.

Ce privilége est spécial aux fournitures destinées au service de la guerre ou de la marine, et ne saurait être étendu à celles qui ont eu lieu pour le compte d'autres administrations publiques ou régies[82]. Mais il s'applique aux fournitures faites pour un établissement militaire, tel que l'hôtel des Invalides, aussi bien qu'aux fournitures faites pour le service de l'armée active[83].

Il n'est pas restreint aux sommes représentatives des fournitures effectuées par le sous-traitant, mais frappe toutes les sommes dues aux traitants par l'État, même à titre d'indemnité, ou à raison d'une entreprise autre que celle à laquelle le sous-traitant a pris part[84]. Il s'étend également aux fonds du cautionnement fourni par le traitant[85], et prime à cet égard le privilége de second ordre du bailleur de fonds[86].

80 Civ. cass., 21 juillet 1847, Sir., 48, 1, 341.

81 Arg. art. 3 et 4 du décret du 26 pluviôse an II. Mimerel, *Revue critique,* 1854, V, p. 509, n° 4. Serrigny, *op. cit.,* p. 270. Paris, 27 août 1853, Sir., 53, 2, 647. Req. rej., 21 mars 1855, Sir., 56, 1, 735. Rouen, 19 mai 1866, Sir., 67, 2, 148. Civ. rej., 22 janvier 1868, Sir., 68, 1, 177.

82 Req. rej., 18 mai 1831, Sir., 31, 1, 221.

83 Paris, 26 mai 1826, Sir., 28, 2, 45.

84 Req. rej., 10 mars 1818, Sir., 18, 1, 218. Paris, 26 mai 1826, Sir., 28, 2, 45. Req. rej., 20 février 1828, Sir., 28, 1, 308. Paris, 16 mars 1866, Sir., 66, 2, 318.

85 Arg. art. 2 du décret du 12 décembre 1806. Paris, 16 mars 1866, Sir., 66, 2, 318. Cpr. les autorités citées à la note 74 *supra.*

86 Angers, 23 janvier 1850, Dalloz, 1850, 2, 86.

L'existence du privilége des sous-traitants n'est pas subordonnée à la condition du dépôt, fait directement entre les mains de l'intendant militaire, des pièces justificatives de leurs fournitures[87].

Le privilége dont il s'agit, ne peut être invoqué par ceux qui, sans être eux-mêmes sous-traitants, ont simplement fait des livraisons pour le compte d'un sous-traitant[88].

d. *Privilége de l'État ou des concessionnaires pour desséchement de marais.*

Les indemnités dues à l'État ou aux concessionnaires, à raison de la plus-value résultant d'un desséchement de marais, sont privilégiées sur cette plus-value, mais à la charge de la transcription, aux bureaux respectifs des hypothèques, du décret qui ordonne le desséchement au compte de l'État, ou de l'acte de concession.

Au moyen de cette transcription, les hypothèques antérieures au desséchement sont restreintes sur une portion de propriété égale en valeur au montant de la première estimation des terrains desséchés[89]. Loi du 16 septembre 1807, art. 23.

L'État ou le concessionnaire qui a fait opérer la transcription dont il vient d'être parlé, n'est pas tenu, pour conserver son privilége, de prendre, avant l'expiration de dix ans, des inscriptions en renouvellement[90].

e. *Privilége des bailleurs de fonds pour l'établissement d'une mine.*

Aux termes de l'art. 20 de la loi du 21 avril 1810, ceux qui ont fourni des fonds pour les recherches d'une mine, ou pour les travaux de construction de machines nécessaires à son exploitation,

87 Il résulte des termes mêmes de l'art. 1er du décret du 12 décembre 1806, comme de son esprit, que la remise directe, entre les mains du commissaire ordonnateur, aujourd'hui de l'intendant militaire, des pièces justificatives, est simplement facultative pour les sous-traitants. Civ. cass., 12 mars 1822, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 1, 38.

88 Metz, 2 juillet 1817, et Req. rej., 3 janvier 1822, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 302, et VII, 1, 3.

89 Cpr. sur ce privilége : Req. rej., 4 août 1852, Sir., 52, 1, 806.

90 *Nec obstat* art. 2154. La disposition spéciale de l'art. 23 de la loi du 16 septembre 1807 règle, d'une manière complète, les conditions de conservation du privilége dont il s'agit. La transcription qu'il prescrit est collective, et se fait sans aucune désignation des propriétaires intéressés. Le conservateur des hypothèques qui l'opère, n'a pas à prendre des inscriptions d'office, et par cela même l'art. 2154 y est inapplicable. Civ. cass., 28 mars 1854, Sir., 54, 1, 334.

jouissent sur la mine, du privilége établi par le n° 5 de l'art. 2103, à la charge de se conformer aux prescriptions de cet article[91].

f. *Privilége en matière de drainage.*

La loi du 17 juillet 1856 accorde à l'État, pour le remboursement des prêts destinés à faciliter les opérations de drainage, un double privilége, sur les récoltes et revenus des terrains drainés, et sur ces terrains eux-mêmes.

Le privilége immobilier sur les terrains drainés garantit le remboursement de toutes les annuités indistinctement des prêts faits par l'État, et prend rang avant tout autre, jusqu'à concurrence de la mieux-value résultant du drainage. Art. 3, al. 2, cbn. art. 5 et art. 6, al. 4.

Le privilége mobilier sur les récoltes ou revenus ne s'applique qu'à l'annuité échue et à l'annuité courante des prêts; il prend rang immédiatement après le privilége des contributions publiques, mais ne peut toutefois s'exercer qu'après paiement des sommes dues pour semences et pour frais de la récolte de l'année. Art. 3, al. 1.

Le privilége sur les terrains drainés est également accordé: 1° aux syndicats pour le recouvrement de la taxe d'entretien et des avances faites par eux; 2° aux prêteurs pour le remboursement des prêts faits à des syndicats; 3° aux entrepreneurs pour le montant des travaux de drainage par eux exécutés; 4° à ceux qui ont prêté des deniers pour payer ou rembourser les entrepreneurs. Art. 4, al. 1.

Les syndicats ont de plus, pour la taxe d'entretien de l'année échue et de l'année courante, privilége sur les récoltes ou revenus des terrains drainés. Art. 4, al. 2.

Les immeubles compris dans le périmètre d'un syndicat ne sont point affectés indivisément au paiement de la dette commune : le privilége ne les frappe chacun que pour sa part dans cette dette. Art. 4, al. 3.

[91] L'art. 20 de la loi du 21 avril 1810 portant « qu'une mine concédée *pourra* « être affectée par privilége, etc., » ne doit pas être entendu dans le sens de la nécessité d'une convention constitutive du privilége. Il signifie simplement, ainsi que cela résulte de sa combinaison avec l'art. 19, qu'une mine concédée est susceptible de faire l'objet d'un privilége immobilier, comme d'une affectation hypothécaire ; et que, d'un autre côté, le privilége dont il s'agit dans cet article n'existe que sous les conditions qui y sont indiquées. Pont, n° 58.

Les art. 6, 7 et 8 de la loi du 18 juillet 1856 déterminent les conditions d'acquisition et de conservation des priviléges qu'elle établit.

g. *Privilége de la ville de Paris pour crédit accordé aux bouchers.*

D'après l'art. 31 du décret du 6 février 1811, relatif au commerce de la boucherie dans le département de la Seine, et l'art. 4 de celui du 15 mai 1813, la ville de Paris a privilége, pour le montant du crédit accordé aux bouchers, sur leur cautionnement, sur la valeur estimative de leurs étaux, et sur ce qui leur est dû par des tiers pour fournitures de viande, de peaux, ou de suifs.

h. *Privilége des facteurs de la halle aux farines de Paris.*

Un décret du 27 février 1811 confère aux facteurs de la halle aux farines, créanciers pour farines livrées sur le carreau de la halle, à un boulanger qui depuis est tombé en faillite, ou s'est retiré sans permission, un privilége sur le produit des quinze sacs formant son dépôt de garantie. Ce privilége passe avant toutes autres créances.

i. *Privilége du crédit foncier.*

Aux termes de l'art. 30 du décret-loi du 28 février 1852, la société du crédit foncier a privilége, pour les annuités échues des prêts qu'elle a consentis et pour les frais, sur les revenus ou récoltes des immeubles qui lui ont été hypothéqués et dont elle a été mise en possession.

Ce privilége prend rang, immédiatement après ceux qui sont attachés aux frais faits pour la conservation de la chose, aux frais de labours et de semences, et aux droits du Trésor pour le recouvrement de l'impôt.

CHAPITRE III.

Des différentes espèces d'hypothèques.

A. *Des hypothèques légales.*

§ 264.

Généralités.

La loi garantit d'une manière particulière certaines créances, au moyen d'une hypothèque qu'elle y attache de plein droit, c'est-à-

dire indépendemment de toute manifestation de volonté, soit du créancier, soit du débiteur.

A la différence des priviléges, qui sont, en général, fondés sur la faveur due à certaines créances considérées en elles-mêmes, c'est-à-dire dans leur cause ou leur objet, sans égard à la condition personnelle des créanciers, les hypothèques légales sont établies au profit de certaines classes de personnes, et en considération de leur condition juridique, ou de la nature de leurs rapports avec ceux sur les biens desquels portent ces hypothèques.

Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont (art. 2121) :

Ceux des mineurs et interdits, sur les biens de leurs tuteurs;

Ceux des femmes mariées, sur les biens de leurs maris;

Ceux de l'État, des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables.

L'hypothèque légale, destinée à protéger, d'une manière spéciale, les intérêts de certaines classes de personnes, est essentiellement une création de la loi civile; et, à ce titre, le bénéfice en est subordonné à la condition de la jouissance des droits civils en France. Ainsi, le mineur et l'interdit étrangers n'ont pas, en général, d'hypothèque légale sur les biens de leurs tuteurs situés en France, peu importe que le tuteur soit lui-même Français ou étranger, et que la tutelle ait été déférée en France ou à l'étranger[1]. La femme étrangère n'a pas davantage d'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France, peu importe qu'elle soit d'origine étrangère ou française, et que le mariage ait été célébré à l'étranger ou en France[2]. A plus forte raison, les communes ou les

[1] Voy. sur ce point : § 78, texte n° 11, notes 65 et 66.

[2] Cpr. § 78, texte n° 10, notes 62 à 64. — Les femmes suisses, ressortissantes de cantons qui ont adhéré au traité du 30 mai 1827, ont hypothèque sur les biens de leurs maris situés en France, quand la législation du canton auquel elles appartiennent, accorde l'hypothèque légale aux femmes françaises sur les biens situés dans ce canton. Art. 1 et 3 du traité du 30 mai 1827, publié par ordonnance du 23 septembre de la même année. Il en est spécialement ainsi dans le canton de Genève. Paris, 19 août 1851, Sir., 53, 2, 117. — La Cour de Grenoble (19 juillet 1849, 29 mars et 27 août 1855, Sir., 50, 2, 261, 56, 2, 484 et 489) admet, en vertu du traité du 24 mars 1760, les femmes sardes à exercer l'hypothèque légale sur les biens de leurs maris situés en France. Mais l'interprétation qu'elle donne à ce traité nous paraît contestable.

établissements publics étrangers ne pourraient-ils réclamer d'hypothèque légale sur les biens de leurs comptables situés en France.

Les hypothèques légales établies par l'art. 2121 sont générales de leur nature. Elles frappent, non-seulement les immeubles que le tuteur, le mari, ou le comptable possédaient déjà au moment de la délation de la tutelle, de la célébration du mariage, ou de l'entrée en fonctions, mais encore ceux qu'ils acquièrent ou qui leur adviennent, à un titre quelconque, dans le cours de la tutelle, du mariage, ou des fonctions. Elles s'étendent même aux immeubles qui leur sont advenus depuis la cessation de la tutelle, la dissolution du mariage, et la démission ou la révocation du comptable[3].

En cas d'échange, l'immeuble reçu par le tuteur, le mari, ou le comptable, passe sous l'affectation de l'hypothèque légale, sans que pour cela l'immeuble livré en échange soit affranchi de cette affectation[4].

Mais il est bien entendu qu'après le décès du tuteur, du mari, ou du comptable, l'hypothèque légale qui grève leurs biens, ne s'étend point aux immeubles personnels de leurs héritiers[5].

Les immeubles acquis par le tuteur, le mari, ou le comptable sont frappés de l'hypothèque légale dès le moment de leur acquisition, dans le cas même où celle-ci résulte d'un titre sujet à transcription. Toutefois, dans ce cas, l'hypothèque ne s'établit que sous

[3] On a voulu soutenir le contraire, sous le prétexte que l'art. 2121 ne soumet à l'hypothèque que les biens du tuteur, du mari, ou du comptable, et que l'on ne saurait considérer comme tels les immeubles acquis par le tuteur, le mari, ou le comptable, à une époque où ils avaient déjà, et peut-être depuis longtemps, perdu la qualité à raison de laquelle leurs biens étaient soumis à l'hypothèque légale. Mais cette argumentation, évidemment contraire à l'esprit de la loi, ne pouvait prévaloir sur la disposition claire et formelle de l'art. 2122. De Fréminville, *De la minorité*, II, 1148. Cubain, *Traité des droits des femmes*, n° 527. Demolombe, VIII, 38 à 32. Pont, n° 509. Req. rej., 17 juillet 1844, Sir., 44, 1, 641. Lyon, 23 novembre 1850, Sir., 51, 2, 87. — M. Duranton (XIX, 327), tout en admettant la proposition énoncée au texte, estime cependant que l'hypothèque du mineur, ou de la femme mariée, n'est efficace, en ce qui concerne les biens acquis depuis la cessation de la tutelle, ou la dissolution du mariage, qu'à la condition d'une inscription. Voy. à cet égard : § 269.

[4] Troplong, II, 434 *bis*. Pont, n° 515. Zachariæ, § 264, note 1re. Req. rej., 9 novembre 1815, Sir., 16, 1, 151. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 106.

[5] Voy. § 617, texte n° 2. Valette, n° 133. Demolombe, VIII, 33. Cpr. Agen, 15 janvier 1825, Sir., 26, 2, 129.

la réserve des droits qui, dans l'intervalle de la passation à la transcription de ce titre, ont pu être acquis par des tiers, du chef du précédent propriétaire[6].

Quant aux immeubles aliénés, soit par le mari avant la célébration du mariage, soit par le tuteur avant la délation de la tutelle, soit par le comptable avant son entrée en fonctions, ils n'en tombent pas moins, d'après la loi du 23 mars 1855, sous le coup de l'hypothèque légale, lorsque les actes d'aliénation n'ont été transcrits qu'après l'événement qui avait donné naissance à cette hypothèque[7].

Les immeubles qui, après avoir été aliénés sous une condition résolutoire, avant l'époque où l'hypothèque légale a pris naissance, rentrent, par l'effet de cette condition, dans les mains du mari, du tuteur, ou du comptable, sont à considérer comme ayant été soumis à l'hypothèque légale du jour de la célébration du mariage, de la délation de la tutelle, ou de l'entrée en fonctions du comptable. Il en est ainsi notamment d'immeubles aliénés sous faculté de réméré, à supposer que le réméré soit exercé par le mari, le tuteur, ou le comptable. Que si la faculté de réméré était exercée par un tiers, à qui elle aurait été cédée même postérieurement à l'époque à laquelle remonte l'hypothèque légale, celle-ci n'atteindrait pas les biens qui forment l'objet du retrait[8].

L'hypothèque légale des mineurs, des interdits, et des femmes mariées, peut, au moment où elle va prendre naissance, être réduite, par une délibération du conseil de famille, ou par le contrat de mariage, à certains immeubles déterminés. Elle est de plus susceptible d'être réduite judiciairement, lorsqu'elle s'est trouvée établie dans toute sa généralité[9]. Ce dernier mode de réduction

[6] Cpr. § 209, texte, lett. *C*.

[7] Cpr. également § 209, texte, lett. *C*.

[8] En effet, l'hypothèque légale n'a pu s'imprimer sur le droit ou l'action de réméré : et comme, par l'effet de l'aliénation, quoique faite sous faculté de retrait, les biens étaient sortis du patrimoine du débiteur dès avant la naissance de l'hypothèque légale, il est évident que cette hypothèque ne pourrait les atteindre, qu'autant qu'ils seraient plus tard rentrés dans le patrimoine du débiteur. Troplong, II, 434 *bis*. Pont, n° 516. Zachariæ, *loc. cit.* Cpr. Req. rej., 21 décembre 1825, Sir., 26, 1, 275.

[9] Art. 2140 à 2145. Loi du 16 septembre 1807, art. 15. Cpr. § 282, texte n° 3.

s'applique également à l'hypothèque légale de l'État, des communes et des établissements publics.

D'un autre côté, l'hypothèque légale de la femme d'un commerçant se trouve, au cas de faillite de son mari, restreinte, dans l'intérêt des créanciers de la masse, à certains immeubles[10].

L'hypothèque légale des mineurs, des interdits, et des femmes mariées, jouit d'une faveur tout exceptionnelle, en ce que son efficacité à l'égard des tiers n'est pas, en général, subordonnée à la formalité de l'inscription. Celle de l'État, des communes et établissements publics reste au contraire soumise, sous ce rapport, aux règles du Droit commun.

A côté des hypothèques légales établies par l'art. 2121, se place encore l'hypothèque que l'art. 490 du Code de commerce, combiné avec l'art. 517 du même Code, accorde aux créanciers d'un commerçant failli, en l'attachant au fait même de la déclaration de faillite[11].

[10] Code de comm., art. 563. Voy. § 264 *ter*, texte n° 5.

[11] Sous l'ancien Code de commerce, on admettait généralement que l'inscription prise en vertu de l'art. 500 de ce Code n'avait d'autre but que de donner plus de publicité à la faillite, et ne conférait, directement et par elle-même, aucun droit d'hypothèque aux créanciers de la masse. Cette opinion se fondait sur l'art. 524 du même Code, dont on prétendait inférer que le droit hypothécaire des créanciers de la faillite ne se réalisait définitivement que par l'effet du jugement d'homologation du concordat, et avait pour unique objet de garantir l'exécution de cet acte. Voy. Locré, *Esprit du Code de commerce*, sur l'art. 500; Grenier, I, 127; Troplong, III, 655 *bis*; Bourges, 20 août 1832, Sir., 33, 2, 641; Nîmes, 27 janvier 1840, Sir., 40, 2, 368; Req. rej., 22 juin 1841, Sir., 41, 1, 723; Caen, 29 février 1844, Sir., 44, 2, 299; Paris, 22 juin 1850, Sir., 51, 2, 542. Mais cette opinion, très-contestable d'après la législation sous l'empire de laquelle elle s'était produite, nous paraît avoir été définitivement condamnée par la loi du 25 mai 1838 sur les faillites. Le nouvel art. 517 du Code de commerce, qui a remplacé l'ancien art. 524, porte en effet : « l'homologation « *conservera* à chacun des créanciers, sur les immeubles du failli, l'*hypothèque inscrite*, en vertu du 3e § de l'art. 490, » et prouve ainsi, jusqu'à l'évidence, que le droit hypothécaire des créanciers du failli, ne date pas seulement de l'homologation du concordat, mais prend naissance à partir du jugement déclaratif de la faillite, et devient efficace, à l'égard des tiers, à compter de l'inscription requise en vertu de ce jugement. Voy. en ce sens : Renouard, *Des faillites*, I, p. 497; Esnault, *Des faillites*, II, 350; Lainé, *Des faillites*, p. 163; Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, IV, 1752; Girault, *Revue pratique*, 1867, XXIV, p. 80 et suiv.; Req. rej., 29 décembre 1858, Sir., 59, 1, 209; Paris, 24 avril

Cette hypothèque légale[12], importante sous plus d'un rapport[13], diffère essentiellement de celles dont il est parlé en l'art. 2121. D'une part, en effet, elle est restreinte aux immeubles que le failli possède au moment du jugement déclaratif de faillite, et à ceux qui lui adviendront jusqu'au concordat[14], ou, le cas échéant, jusqu'à la

1861, Sir., 61, 2, 440; Besançon, 16 avril 1862, Sir., 62, 2, 283; Dijon, 5 août 1862, Sir., 62, 2, 544. Paris, 27 mai 1865, Sir., 65, 2, 227. Cpr. Bédarride, *Des faillites*, I, 416. Voy. cependant en sens contraire : Pardessus, *Droit commercial*, V, 1168 et 1248; Pont, n° 904; Paris, 22 juin 1850, Sir., 51, 2, 542. Cpr. aussi : Bravard et Demangeat, *Traité de Droit commercial*, V, p. 309 et 310, texte et notes.

[12] Sous l'ancien Code de commerce, et dans le système indiqué au commencement de la note précédente, l'hypothèque conférée en vertu du jugement d'homologation du concordat, avait plutôt le caractère d'une hypothèque judiciaire que d'une hypothèque légale. Mais il en est autrement de l'hypothèque que le nouvel art. 490 attache au fait même de la faillite, puisque le jugement qui la déclare, ne prononçant pas de condamnation et ne formant titre pour aucun des créanciers, ne saurait engendrer d'hypothèque judiciaire. Bravard et Demangeat, *op. cit.*, V, p. 309. Voy. cep. Valette, *Revue de Droit français et étranger*, 1849, VI, p. 979, note 2; Dijon, 5 août 1862, Sir., 62, 2, 544; Paris, 27 mai 1865, Sir., 65, 2, 227.

[13] Cette hypothèque n'a pas seulement pour objet de garantir l'exécution du concordat. Elle a encore pour effet : 1° De rendre inefficaces, au regard des créanciers de la masse, les inscriptions qui, postérieurement à celle que les syndics ont requise en vertu de l'art. 490, auraient été prises, du chef de précédents propriétaires, sur les immeubles dont le failli se trouvait être tiers détenteur. Cpr. § 272, texte et note 18. 2° De paralyser, au profit des créanciers de la masse, le droit de préférence attaché à la séparation des patrimoines, lorsque les créanciers d'une succession échue au failli, n'ont pris l'inscription exigée par l'art. 2111 du Code Nap., qu'après l'expiration du délai de six mois depuis l'ouverture de la succession, et postérieurement à l'inscription requise en vertu de l'art. 490 du Code de comm. Voy. Req. rej., 29 décembre 1858, Sir., 59, 1, 209. 3° D'empêcher que les actes d'aliénation passés par le failli à l'époque où il jouissait encore de la disposition de ses biens, ne puissent être utilement transcrits après l'inscription prise en conformité de l'art. 490. Cpr. § 209, texte, lett. *C*, et note 93. Ces différents effets, attachés à l'hypothèque établie par l'art. 490, subsistent au cas d'union, aussi bien qu'au cas de concordat.

[14] Voy. cep. Paris, 27 mai 1865, Sir., 65, 2, 227. Cet arrêt, qui décide que, sauf restriction dans le concordat, l'hypothèque dont il s'agit s'étend de plein droit, et en vertu de l'inscription prise conformément à l'art. 517, aux immeubles acquis postérieurement au concordat, repose sur l'idée, inexacte à notre avis, que cette hypothèque est une hypothèque judiciaire, susceptible d'être conservée par une inscription générale.

dissolution de l'union, soit que l'union ait été constituée dès l'origine, soit qu'elle l'ait été à la suite de la résolution d'un concordat[15]. D'autre part, son efficacité est subordonnée à la condition d'une inscription spéciale à prendre sur chacun des immeubles qui doit en être grevé[16].

On peut aussi ranger parmi les hypothèques légales les priviléges immobiliers qui, faute d'avoir été conservés en temps utile, sont dégénérés en hypothèques. Art. 2113.

Quant à l'hypothèque légale que, d'après l'art. 1017, la plupart des auteurs et la jurisprudence reconnaissent aux légataires sur les immeubles de la succession, nous n'avons pas à la mentionner, puisque, suivant nous, les légataires ne jouissent pas d'un droit de préférence distinct de celui qui résulte de la séparation des patrimoines[17].

[15] On a également prétendu qu'au cas de contrat d'union, l'hypothèque établie par l'art. 490 s'étend même aux immeubles acquis par le failli postérieurement à la dissolution de l'union. Voy. Demangeat sur Bravard, *op. cit.*, V, p. 450, note 1re; Dijon, 5 août 1862, Sir., 62, 2, 544. Cette manière de voir est, à notre avis, en opposition formelle avec le texte de l'art. 490, qui n'accorde d'hypothèque *qu'à la masse* des créanciers, et qui, par suite, charge les syndics d'en requérir l'inscription, puisque la dissolution de l'union met fin aux fonctions des syndics, et fait rentrer les créanciers dans l'exercice de leurs actions individuelles. En vain dit-on que l'hypothèque dont s'agit étant légale, elle doit, aux termes de l'art. 2122, s'appliquer à tous les immeubles présents et à venir du failli. L'article précité n'attribue en effet le caractère d'hypothèques générales qu'aux hypothèques légales indiquées en l'art. 2121; et comme il ne leur reconnaît ce caractère que par exception au principe de la spécialité, qui forme l'une des bases de notre système hypothécaire, sa disposition ne saurait être étendue à toutes les hypothèques légales indistinctement. Bravard, *op. cit.*, V, p. 448 et 449.

[16] C'est ce qui nous paraît nettement résulter de la rédaction de l'art. 490. Cet article en effet ne dit pas que les syndics devront prendre inscription *sur les biens du failli*, ce qui pourrait s'entendre d'une inscription générale : il porte que les syndics seront tenus de prendre inscription *sur les immeubles du failli dont ils connaîtront l'existence*; et ces termes indiquent une inscription spéciale à requérir sur des immeubles déterminés. Pont, n° 1001. Bravard, *op. cit.*, V, 449. Voy. en sens contraire : Demangeat, *loc. cit.*, à la note; Girault, *op. cit.*, p. 96.

[17] Cpr. § 722, texte *in fine*.

§ 264 *bis*.

I. *De l'hypothèque légale des mineurs et des interdits.*

1° *Des personnes qui jouissent de cette hypothèque, et de celles dont les biens s'y trouvent soumis.*

La loi n'accorde cette hypothèque qu'aux mineurs et aux interdits[1], et ne la leur confère que sur les biens de leurs tuteurs. Art. 2121 et 2135, n° 1. Or, comme les dispositions qui établissent des droits de préférence, ne sont susceptibles d'aucune extension, on doit décider :

D'une part, que les individus pourvus d'un conseil judiciaire ne jouissent d'aucune hypothèque légale[2], non plus que les personnes non interdites placées dans un établissement d'aliénés[3].

D'autre part, que, durant le mariage de ses parents, l'enfant légitime n'a pas d'hypothèque légale sur les immeubles de son père, administrateur de ses biens[4] ; que l'hypothèque des mineurs ou

[1] La loi du 11 brumaire an VII (art. 21, n° 2) avait également accordé aux absents, une hypothèque légale sur les biens de leurs administrateurs. Le Code Napoléon n'a pas reproduite cette disposition, qui eût pu être appliquée aux curateurs nommés en vertu de l'art. 112. Quant aux envoyés en possession, il s'est contenté de leur imposer la nécessité de fournir caution pour sûreté de leur administration. Art. 120.

[2] Duranton, XIX, 314. Troplong, II, 423. Valette, n° 142, p. 283. Pont, n° 496. Zachariæ, § 264, note 2. — Les biens du tuteur nommé à une substitution en conformité des art. 1055 et 1056, ne sont pas non plus grevés d'hypothèque légale : ce tuteur n'est en réalité qu'un curateur. Cpr. § 86 *bis*, note 1re ; § 696, texte n° 2 et note 24.

[3] L'art. 34 de la loi du 30 juin 1838 donne bien au tribunal qui nomme un administrateur provisoire à la personne placée dans un établissement d'aliénés, le pouvoir de constituer, dans l'intérêt de cette personne, une hypothèque sur les biens de cet administrateur ; mais une pareille hypothèque est plutôt judiciaire que légale, puisqu'elle est établie *officio judicis*. Elle diffère d'ailleurs essentiellement de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits : 1° en ce qu'elle n'est pas nécessairement générale, et peut n'être que spéciale ; 2° en ce qu'elle n'est pas tacite, et ne prend date que du jour de l'inscription. Cpr. Demolombe, VIII, 824 à 825.

[4] Merlin, *Rép.*, v° Puissance paternelle, sect. II, n° 17. Delvincourt, III, p. 316. Duranton, III, 415. Grenier, I, 277 à 279. Magnin, *Des minorités*, II, 1280. De Fréminville, *De la minorité*, I, 18. Troplong, II, 424. Valette, n° 142, p. 287. Demolombe, VI, 420. Martou, I, 775. Pont, n° 493. Zacha-

interdits ne s'étend pas aux biens du subrogé tuteur[5] ; que cette hypothèque ne frappe pas davantage les biens des personnes qui, sans être investies de la qualité de tuteur, ont provisoirement géré la tutelle en vertu de l'obligation que la loi leur en imposait[6] ; que l'interdit judiciairement n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de l'administrateur provisoire nommé en conformité de l'art. 497[7],

riæ, § 264, texte et note 7. Civ. cass., 3 décembre 1821, Sir., 22, 1, 81. Riom, 23 mai 1822, Sir., 25, 2, 152. Lyon, 3 juillet 1827, Sir., 30, 2, 101. Poitiers, 31 mars 1830, Sir., 30, 2, 138. Bordeaux, 10 avril 1845, Sir., 47, 2, 166. Grenoble, 4 janvier 1850, Sir., 50, 1, 543. Toulouse, 2 janvier 1863, Sir., 63, 2, 191. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2121, n° 36 ; Battur, II, 365 ; Toulouse, 23 décembre 1818, Sir., 19, 2, 201. — Cependant le testateur qui fait un legs en faveur d'un enfant mineur ayant encore ses père et mère, peut ne leur confier l'administration des biens légués qu'à la charge de fournir hypothèque pour la garantie de leur administration. Req. rej., 30 avril 1833, Sir., 33, 1, 466.

5 La rédaction primitive de l'art. 2121 portait : « Ceux des mineurs et interdits sur les biens de leurs tuteurs *et subrogés tuteurs*. » Mais ces dernières expressions ont été retranchées sur les observations du Tribunat (Locré, *Lég.*, XVI, p. 228, p. 316, n° 12, et p. 324, n° 3). Ce retranchement prouve que le législateur n'a entendu soumettre à l'hypothèque légale les biens du subrogé tuteur, ni à raison de la responsabilité qu'il peut encourir pour défaut d'accomplissement des devoirs inhérents à sa charge, ni même à raison des actes de gestion qu'il passerait en remplacement, ou sans le concours du tuteur gérant. Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 4, n° 3. Grenier, I, 274. Duranton, XIX, 313. Troplong, II, 422. Valette, n° 142, p. 284. De Fréminville, *op. cit.*, I, 166 et 1124. Demolombe, VII, 389 et 390. Pont, n° 497. Zachariæ, § 264, texte et note 8. Voy. cep. Persil, sur l'art. 2121, n°s 24 et 25. Cet auteur pense que les biens du subrogé tuteur sont soumis à l'hypothèque légale, lorsque, ayant fait ou passé des actes de gestion, il est devenu *comptable* envers le mineur. — *Quid* si le subrogé tuteur était devenu tuteur de fait? M. Demolombe (VII, 390) estime que ses biens seraient soumis en pareil cas à l'hypothèque légale. D'après les motifs développés à la note 9 *infra*, cette opinion ne nous paraît pas devoir être admise en principe ; et nous ne serions disposés à l'adopter que dans les circonstances exceptionnelles indiquées à la fin de cette note. Nous ajouterons que les arrêts invoqués par notre savant collègue, et que nous avons nous-mêmes cités aux notes 6 et 9 du § 88, ne décident pas la question.

6 Voy. art. 394, 419 et 440. Cpr. Demolombe, VIII, 29.

7 Valette, n° 142, p. 283. Pont, n° 496. Zachariæ, § 264, texte et note 9. Montpellier, 14 janvier 1823, Sir., 23, 2, 222. Req. rej., 27 avril 1824, Sir., 24, 1, 268.

ni le mineur émancipé sur ceux de son curateur[8]; enfin, que les biens du tiers qui, sans avoir été, ni réellement, ni même putativement, investi de la tutelle, a de fait géré comme tuteur la fortune d'un mineur ou d'un interdit, ne sont pas grevés d'une hypothèque légale au profit de ces derniers[9].

Du reste, les individus frappés d'interdiction légale jouissent de l'hypothèque légale sur les immeubles de leurs tuteurs, tout aussi bien que les interdits judiciairement[10].

Dans les cas prévus par les art. 396 et 417, l'hypothèque légale du mineur ne frappe pas seulement les biens du tuteur principal, mais s'étend à ceux du cotuteur et du protuteur[11].

8 Merlin, *op. v° et loc. citt.* Valette, n° 142, p. 283. Duranton, XIX, 314. De Fréminville, *op. cit.*, II, 1125. Pont, *loc. cit.*

9 Zachariæ, § 264, note 3. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 421 ; De Fréminville, *op. cit.*, II, 1131; Pont, n° 500. Ces auteurs accordent au mineur une hypothèque légale, sur les biens de tout tiers qui a géré *pro tutore*, soit qu'il ait cru être tuteur, soit qu'il ait usurpé les fonctions tutélaires. Cette opinion, qu'ils appuient sur la loi 20, *C. de adm. tut.* (5, 37), et sur les lois 19, § 1, et 23, *D. de reb. auct. jud. poss.* (42, 5), ainsi que sur l'avis de nos anciens auteurs, nous paraît incompatible avec le principe de la publicité, qui forme la base de notre régime hypothécaire actuel. Si, par dérogation à ce principe, le Code Napoléon a déclaré l'hypothèque légale des mineurs et des femmes mariées efficace à l'égard des tiers, indépendamment de toute inscription, il ne l'a fait qu'en considération de la publicité, réelle ou légalement présumée, qui entoure la célébration du mariage ou la délation de la tutelle, et en prenant d'ailleurs certaines mesures destinées à procurer l'inscription de l'hypothèque. On se place en dehors des prévisions de la loi, et l'on ajoute une exception à celles qu'elle a admises, en accordant au mineur le bénéfice d'une hypothèque légale, dispensée d'inscription, sur les biens de celui qui, sans vocation officielle, a pris la gestion de ses affaires. En effet, il ne s'attache à ce fait aucune présomption de publicité, et nous ne voyons pas sur quoi on se fonderait pour dire aux tiers, qu'ils auraient pu et dû le connaître. D'un autre côté, les précautions prises par la loi pour assurer l'inscription de l'hypothèque du mineur, resteraient sans application possible dans l'hypothèse qui nous occupe. Grenier, I, 273. Tout ce que l'on peut admettre, c'est que les biens de celui qui, par suite d'une erreur commune, a été publiquement considéré comme investi d'une tutelle qu'il ne pouvait gérer, ou qui ne lui était pas dévolue, sont grevés de l'hypothèque légale, comme ils le seraient dans le cas d'une tutelle réellement et valablement déférée.

10 Valette, n° 142. Pont, n° 491. Pau, 19 août 1850, Sir., 50, 2, 587.

11 Delvincourt, III, p. 216. Persil, sur l'art. 2121, n° 29. Duranton, III, 431. Valette, n° 142, p. 182. Demolombe, VII, 135 et 211. Pont, n° 499. Zachariæ, § 264, note 3.

L'hypothèque du mineur est d'ailleurs indépendante du mode de délation de la tutelle. Elle s'attache à la tutelle testamentaire ou dative, comme à la tutelle légale. Elle s'attache également à la tutelle officieuse, aussi bien qu'aux tutelles ordinaires[12].

Lorsque la mère survivante, qui, faute d'avoir satisfait en convolant à de secondes noces aux prescriptions de l'art. 395, s'est trouvée déchue de la tutelle de ses enfants du premier lit, a cependant continué de fait à la gérer, l'hypothèque légale qui grève ses biens, garantit également la gestion postérieure au mariage[13],

[12] Persil, sur l'art. 2121, n° 37. Grenier, I, 281. Duranton, XIX, 310. Troplong, II, 425. Valette, *loc. cit.* De Fréminville, *op. cit.*, II, 1130. Magnin, *op. cit.* I, 551. Taulier, VII, p. 289. Demolombe, VI, 236. Zachariæ, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Pont, n° 494. Cet auteur, partant de l'idée que la tutelle officieuse est bien moins une espèce de tutelle qu'un mode particulier d'adoption, cherche à établir que les biens du tuteur officieux ne sont pas soumis à l'hypothèque légale. Le point de départ de cette opinion, tout isolée, est inexact. Si la tutelle officieuse est un acheminement à l'adoption, elle ne constitue cependant pas un mode particulier d'adoption ; et, pour être une préparation à cet acte juridique, elle n'en réunit pas moins tous les caractères et tous les attributs d'une véritable tutelle. Cpr. § 564. Quant aux arguments que M. Pont veut tirer de la rédaction des art. 2135, 2141 et 2143, qui semble limiter au tuteur ordinaire l'application de leurs dispositions, ils sont en eux-mêmes sans portée et se réfutent tous par cette observation bien simple : *Lex statuit de eo quod fit plerumque*. Nous ferons du reste remarquer, que l'opinion de M. Pont conduirait à ce résultat qu'un mineur non émancipé, possédant des biens personnels, se trouvera destitué de toute garantie pour la conservation de sa fortune, par cela seul qu'il aura été soumis à la tutelle officieuse, résultat contraire à l'esprit général de la loi. Que le législateur n'ait pas jugé convenable de frapper d'hypothèque les biens du père, tant qu'il gère la fortune de ses enfants comme administrateur légal, cela se comprend et s'explique par des raisons d'une haute gravité ; mais il n'existait aucun motif pour dispenser de même de l'hypothèque légale, l'administration du tuteur officieux.

[13] Vainement dirait-on que, par cela même que dans l'hypothèse prévue au texte, la loi déclare la mère déchue de plein droit de la tutelle, elle affranchit aussi de l'hypothèque légale la gestion postérieure au second mariage, qui ne présente plus aucun des caractères de la tutelle. En tirant de l'art. 395 une pareille conclusion, qui serait tout à l'avantage des créanciers et ayants-cause de la mère, on se mettrait en opposition manifeste avec l'esprit de la loi. Il faut d'ailleurs remarquer que, tout en déclarant la mère déchue de plein droit de la tutelle, l'art. 395 n'en qualifie pas moins *de tutelle* la gestion indûment continuée, indiquant par là que cette gestion doit, en ce qui concerne les obligations de la mère et la garantie du mineur, être considérée comme une tutelle. Il ne saurait en être autrement, puisqu'en négligeant de se conformer aux prescriptions de

et s'étend même aux immeubles de son second mari[14].

2° *De la réduction de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits.*

La loi autorise le conseil de famille appelé à nommer un tuteur, à restreindre, par une déclaration insérée dans l'acte de nomination, l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit à certains immeubles déterminés. Art. 2141. Mais ce conseil ne pourrait, ni

l'art. 395, la mère qui veut convoler en secondes noces commet, *comme tutrice*, une faute dont toutes les conséquences doivent être garanties par les sûretés attachées à la tutelle. Grenier, I, 280. Magnin, *Des minorités*, I, 457. De Fréminville, *De la minorité*, I, 51. Valette sur Proudhon, II, p. 289, n° 6. Marcadé, sur l'art. 395, n° 1. Demolombe, VII, 124. Pont, n° 500. Zachariæ, § 121, texte et note 5. Req. rej., 15 décembre 1825, Sir., 26, 1, 298. Voy. en sens contraire : Duranton, XIX, 312.

[14] L. 6, *C. in quib. caus. pig. v. hyp. tac. cont.* (8, 14). Persil, sur l'art. 2121, n° 32. Grenier, I, 280. Troplong, I, 426. Taulier, VII, p. 287. Magnin, *op. et loc. citt.* De Fréminville, *op. et loc. citt.* Demolombe, VII, 128. Paris, 28 décembre 1822, Sir., 34, 2, 231, à la note. Poitiers, 28 décembre 1824, Sir., 25, 2, 51. Nîmes, 30 novembre 1831, Sir., 32, 2, 139. Colmar, 26 novembre 1833, Sir., 34, 2, 231. Civ. cass., 14 décembre 1836, Sir., 37, 1, 88. Cpr. aussi : Pont, n° 500. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 271; Duranton, III, 426; Valette sur Proudhon, II, 290, n° 7; Marcadé, sur l'art. 395; Zachariæ, § 121, texte et note 4. Cette dernière opinion nous paraît devoir être rejetée par les motifs suivants : En déclarant le second mari solidairement responsable avec sa femme des suites de la tutelle indûment conservée, l'art. 395 le considère virtuellement comme cotuteur de fait. On comprendrait difficilement que le mineur se trouvât privé, à raison de la faute que sa mère a commise, et à laquelle le second mari a participé, du bénéfice de l'hypothèque légale dont il aurait incontestablement joui sur les biens de ce dernier, si les prescriptions de la loi avaient été observées. On comprendrait tout aussi peu que la responsabilité solidaire qui pèse sur le second mari, fût destituée, en ce qui le concerne, de la garantie que la loi attache à toute gestion tutélaire, et qui, d'après l'opinion générale, s'applique à la tutelle indûment conservée par la mère. D'un autre côté, notre solution ne blesse en aucune façon les intérêts légitimes des tiers, puisque l'existence antérieure de la tutelle et la célébration du second mariage sont des faits légalement présumés publics, dont, en l'absence de toute nomination d'un autre tuteur, ils pouvaient et devaient tirer la conséquence que la mère avait été maintenue dans la tutelle, et que son nouvel époux lui avait été donné pour cotuteur. En aucun cas, et eussent-ils connu le véritable état des choses, ils ne sauraient être admis à se prévaloir, pour contester l'hypothèque légale, d'une irrégularité qui ne doit pas tourner au préjudice du mineur.

affranchir, d'une manière absolue, de l'hypothèque légale tous les biens présents et à venir du tuteur, ni même en dégrever tous ses immeubles présents, en décidant qu'il ne serait pas pris d'inscription sur ces immeubles. De pareilles décisions seraient à considérer comme non avenues[15].

L'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit, ainsi restreinte à certains immeubles déterminés, dégénère en hypothèque spéciale en ce sens, que les autres biens présents du tuteur et tous ses biens à venir demeurent libres. Mais elle n'en conserve pas moins, quant aux immeubles qui y restent affectés, son caractère d'hypothèque légale dispensée d'inscription[16].

Dans les tutelles légales ou testamentaires, l'hypothèque légale ne peut être restreinte à certains immeubles qu'au moyen d'un jugement rendu en conformité de l'art. 2143[17]. Il en est de même

[15] Art. 2141 cbn. 2140, *in fine*. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XVI, p. 161 et suiv., nos 25, 26 et 28). Merlin, *Rép.*, vo Inscr. hypoth., § 3, no 19. Persil, sur l'art. 2141, no 4. Pont, nos 543 et 544. Zachariæ, § 273, texte et note 6. — Il est bien entendu que le conseil de famille pourrait, au lieu de restreindre l'hypothèque légale à certains immeubles spécialement désignés, procéder par voie de dégrèvement de tels ou tels immeubles présents du tuteur. En pareil cas, l'hypothèque resterait générale, en ce sens que tous les immeubles présents non expressément dégrevés et tous les biens à venir y demeureraient affectés. Pont, nos 545 et 546.

[16] Merlin, *Rép.*, vo Inscr. hyp., § 3, no 23. Troplong, II, 644 *bis*. Pont, no 553. Zachariæ, § 273, note 9.

[17] Zachariæ, § 273, texte et note 5. — MM. Persil (sur l'art. 2141, no 2) et Pont (no 549) pensent cependant que le père et la mère non remariés jouissent de la faculté, en nommant un tuteur à leur enfant, de restreindre, dans l'acte de nomination, l'hypothèque légale à certains immeubles. Cette opinion ne nous paraît pas devoir être suivie. Le pouvoir de restreindre l'hypothèque légale n'est pas une conséquence du pouvoir de nommer le tuteur : il a fallu une disposition spéciale pour le conférer au conseil de famille ; et il n'est dès lors pas exact de dire que le père doit, à cet égard, avoir un pouvoir au moins égal à celui qui appartient au conseil de famille. La réduction de l'hypothèque légale est d'ailleurs une mesure qui rentre dans le contrôle de la tutelle (cpr. art. 2143) ; et c'est le conseil de famille qui est investi de ce contrôle. On comprendrait d'autant moins que le père ou la mère fussent autorisés à prononcer la réduction de l'hypothèque légale dans un acte qui peut précéder de plusieurs années l'ouverture de la tutelle, que la question de l'opportunité d'une pareille réduction doit s'apprécier d'après l'état de la fortune, tant du mineur que du tuteur lui-même, au moment où celui-ci va entrer en fonctions.

pour la tutelle dative, quand la restriction n'a pas eu lieu dans l'acte de nomination du tuteur[18].

La réduction de l'hypothèque légale dans l'acte de nomination du tuteur n'a pas, à l'encontre du mineur ou de l'interdit, un effet absolu et irrévocable. Si cette réduction n'avait laissé que des sûretés insuffisantes dès l'origine, ou qui le fussent devenues depuis par une cause quelconque, le subrogé tuteur pourrait exiger pour l'avenir, et sous la réserve des droits acquis dans l'intervalle aux tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires, un complément d'hypothèque, et au besoin, se faire autoriser par justice à prendre une inscription sur la généralité des biens du tuteur[19].

3° *Des créances des mineurs et des interdits, garanties par l'hypothèque légale.*

L'hypothèque légale des mineurs ou interdits est attachée à tous les droits et créances qu'ils peuvent avoir contre leur tuteur en cette qualité, ou à raison de sa gestion. Art. 2121 cbn. 2135, n° 1. Elle garantit donc, non-seulement les sommes que le tuteur a réellement perçues, mais encore celles qu'il aurait dû toucher, ainsi que les dommages-intérêts dont il peut être passible à raison de fautes ou de malversations commises dans l'exercice de ses fonctions. Elle garantit même les sommes dont il était personnellement redevable envers le pupille au moment de son entrée en fonctions, ou dont il est devenu son débiteur au cours de la tutelle pour des causes indépendantes de sa gestion, à supposer d'ailleurs que ces dettes étant venues à échéance pendant la durée de la tutelle, il y ait eu pour lui, comme tuteur, obligation d'en exiger le paiement[20].

[18] Cpr. sur la forme, les conditions, et les effets des jugements de réduction d'hypothèques générales : § 282.

[19] Le législateur n'a pu autoriser la réduction de l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit que dans la supposition qu'elle ne compromettrait pas leurs intérêts ; et dès lors cette mesure doit être rapportée ou modifiée dès que l'insuffisance des garanties hypothécaires qui leur ont été réservées, se trouve établie. Seulement le retrait ou la modification de la réduction devront rester sans influence sur les droits précédemment acquis à des tiers. Pont, n° 552. Zachariæ, § 273, texte et note 7. Paris, 10 janvier 1857, Sir., 57, 2, 124. Cpr. Grenoble, 18 janvier 1833, Sir., 33, 2, 457.

[20] *Tutor a se ipso exigere debuit.* Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 4, n° 3. Persil, sur l'art. 2135, § 1, n° 5. Grenier, I, 282. Duranton, XIX, 317. Troplong, II, 427. Pont, n° 501. Zachariæ, § 264, texte et note 5. Turin,

C'est ainsi notamment que l'hypothèque légale s'applique au paiement des sommes dont le tuteur aurait fait donation au pupille[21], et au recours en dommages-intérêts que le pupille peut avoir à exercer contre le tuteur à raison, soit de l'annulation, pour défaut d'acceptation régulière, d'une donation que celui-ci lui a faite, soit de l'inefficacité d'une pareille donation pour défaut de transcription[22]. C'est ainsi encore que l'hypothèque garantit le montant des dommages-intérêts auxquels le tuteur peut être condamné, lorsque, usufruitier de capitaux appartenant au pupille, il les a touchés sans les replacer et les a dissipés[23].

Mais le pupille n'aurait pas d'hypothèque légale pour sûreté d'une somme que le tuteur devait, en qualité de légataire et comme charge de son legs, lui laisser dans sa propre succession[24].

Le mineur placé sous la tutelle de son père a, pour sûreté des droits et reprises de sa mère, non-seulement l'hypothèque légale qui appartenait à cette dernière, et à laquelle il a succédé, mais encore l'hypothèque qui lui compète de son propre chef sur les biens de son tuteur. Cette dernière hypothèque n'est pas, au cas de faillite du père tuteur, soumise à la restriction établie par l'art. 563 du Code de commerce, et frappe indistinctement tous les immeubles dont celui-ci était déjà propriétaire au jour de l'ouverture de la tutelle, ou qu'il a acquis depuis, à un titre quelconque[25].

25 janvier 1811, Sir., 12, 2, 285. Req. rej., 12 mars 1811, Sir., 11, 1, 227. Paris, 26 mars 1836, Sir., 36, 2, 259. Pau, 17 juin 1837, Sir., 38, 2, 161.

21 Req. rej., 9 décembre 1829, Sir., 30, 1, 8. Rouen, 18 juin 1839, Sir., 39, 2, 208.

22 Cpr. § 652, texte n° 3 ; § 704, texte, lett. A, n° 3. Rouen, 18 juin 1839, Sir., 39, 2, 208.

23 Bourges, 6 mars 1855, Sir., 55, 2, 354. Vainement objecterait-on que, dans l'hypothèse indiquée au texte, il s'agit de valeurs dont la restitution ne devient exigible qu'après la cessation de la tutelle, et à raison desquelles il n'y a par conséquent pas, pour le tuteur, obligation d'en poursuivre le recouvrement sur lui-même. Cette objection porte à faux ; elle se réfute par la considération que le tuteur, en dissipant un capital usufructuaire, et en se plaçant dans l'impossibilité de le restituer à la fin de l'usufruit, contrevient à l'obligation que lui imposaient ses fonctions, de conserver les biens du pupille, et se rend ainsi coupable envers lui, dans le cours même de sa gestion, d'une faute dont les conséquences doivent par cela même être garanties au moyen de l'hypothèque légale.

24 Pont, n° 501. Douai, 4 mai 1846, Sir., 46, 2, 470.

25 Esnault, *Des faillites*, III, 590. Demangeat sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 569, note 2. Grenoble, 7 juin 1834, Sir., 34, 2, 438. Col-

Il est bien entendu, du reste, que si la mère avait consenti, au profit de tiers, des cessions de priorité ou des subrogations à son hypothèque, le mineur ne pourrait exercer, pour le capital des droits et reprises de sa mère, l'hypothèque légale qui lui compète en qualité de pupille, au détriment des tiers qui ont obtenu ces cessions ou subrogations[26].

Si le tuteur avait aliéné des immeubles du pupille sans l'observation des formalités prescrites par la loi, et qu'il en eût touché le prix, l'hypothèque légale s'appliquerait à ce prix, comme à toutes les autres sommes par lui perçues, de telle sorte que le mineur aurait l'option, ou de poursuivre l'annulation de la vente et la restitution de ses immeubles, ou d'en réclamer le prix à l'aide de son hypothèque légale ; et ce, même au préjudice des créanciers hypothécaires du tuteur, ou des acquéreurs de ses biens[27].

L'hypothèque des mineurs et des interdits ne couvre pas seulement l'administration du tuteur pendant la durée de ses fonctions : elle garantit même la gestion postérieure à la cessation de la tutelle, gestion qui doit, en principe, être considérée comme une suite nécessaire de l'administration tutélaire. Si cependant l'ancien pupille ou ses ayants-droit devaient être considérés, d'après les circonstances, comme ayant volontairement abandonné au ci-devant tuteur l'administration de leurs biens, ainsi qu'ils auraient pu la confier à tout autre mandataire, l'hypothèque légale ne couvrirait pas la gestion postérieure à cet abandon[28].

mar, 2 février 1857, Sir., 57, 2, 681. — Il est toutefois à remarquer que, si l'hypothèque légale qui compète au mineur du chef de sa mère, remonte au jour du mariage de cette dernière, celle qui lui appartient de son propre chef, sur tous les immeubles de son père sans distinction de leur origine, ne remonte qu'au jour de l'ouverture de la tutelle.

[26] Riom, 3 août 1863, Sir., 63, 2, 171. Civ. rej., 9 août 1865, Sir., 65, 1, 447. — Nous ne parlons que du capital, des droits et reprises de la mère, parce que les intérêts ou revenus, lorsqu'ils sont dus par le père, soit à raison de la déchéance prononcée par l'art. 1442, soit par suite de la cessation de l'usufruit légal, constituent pour le mineur, une créance personnelle contre son père en qualité de tuteur, et garantie comme telle par l'hypothèque pupillaire, hypothèque qu'à titre de simple héritier bénéficiaire de sa mère, il est admis à faire valoir même contre les créanciers de cette dernière. Civ. cass., 9 août 1865, Sir., 65, 1, 447.

[27] Pont, n° 501. Toulouse, 18 décembre 1826, Sir., 27, 2, 242. Grenoble, 18 juillet 1849, Sir., 50, 2, 261. Cpr. § 537, texte et note 16.

[28] Cpr. § 120, texte n° 2, notes 3, 4 et 6.

4° *De la date de l'hypothèque légale des mineurs et interdits, et de l'extinction de cette hypothèque.*

Les effets de l'hypothèque légale attachée à la tutelle, remontent invariablement au jour où a commencé la responsabilité du tuteur[29]; et ce, pour tous les droits et créances du pupille indistinctement, quelles que soient d'ailleurs les causes d'où procèdent ces droits, et les époques auxquelles ils ont pris naissance[30]. Art. 2135 et 2194.

L'hypothèque légale du mineur et de l'interdit s'éteint par la prescription de l'action en reddition ou en révision de compte qui leur compète contre le tuteur ou ses héritiers. Mais elle survit à la reddition du compte de tutelle et au paiement même du reliquat, pour tous les redressements de compte que l'ancien pupille ou ses ayants-droit peuvent avoir à réclamer, et prime, quant à ce, toutes les hypothèques postérieures, et spécialement l'hypothèque légale postérieure de la femme du tuteur[31].

Toutefois, si à la suite d'une reddition de compte régulière en la forme, le pupille ou ses ayants-droit avaient donné main-levée de l'hypothèque légale, ils ne pourraient, pour les redressements

[29] Nous avons substitué les termes : *jour où a commencé la responsabilité du tuteur*, aux expressions : *jour de l'acceptation de la tutelle, jour de l'entrée en gestion*, dont se servent les art. 2135 et 2194 pour indiquer le point de départ de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits. Les rédacteurs du Code se sont exprimés de cette manière, parce que d'ordinaire les tuteurs acceptent les fonctions qui leur sont déférées et les gèrent à partir du moment même où la loi leur en impose l'obligation ; mais il est bien évident que si le tuteur avait sans motif légitime refusé d'accepter la tutelle, ou qu'il eût négligé de la gérer pendant un temps plus ou moins long, l'hypothèque légale, destinée à garantir d'une manière complète les intérêts du pupille, n'en devrait pas moins remonter au jour où la responsabilité du tuteur a commencé. Cpr. § 110. Merlin, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 3, n° 6. Delvincourt, III, p. 317. Troplong, II, 428.

[30] Merlin, *op. et loc. citt.* Troplong, II, 572. Pont, n° 747. Zachariæ, § 264, texte et note 6. Sous ce rapport, l'hypothèque légale des mineurs et des interdits diffère de celle des femmes mariées : le point de départ de cette dernière n'est pas fixé d'une manière invariable. Cpr. § 264 *ter*, texte n° 6.

[31] Demolombe, VIII, 140 à 146. Civ. cass., 21 février 1838, Sir., 38, 1, 193. Orléans, 12 janvier 1839, Sir., 39, 2, 376. Toulouse, 18 juillet 1839, Sir., 39, 2, 523. Civ. cass., 18 août 1840, Sir., 40, 1, 995. Toulouse, 7 mars 1855, Sir., 55, 2, 257. Req. rej., 23 décembre 1856, Sir., 57, 1, 845.

qu'ils auraient à réclamer, exercer cette hypothèque, au préjudice des créanciers hypothécaires et des acquéreurs qui auraient traité sur la foi de la main-levée ainsi donnée[32].

§ 264 *ter*.

2. *De l'hypothèque légale des femmes mariées.*

1° *Des mariages auxquels elle est attachée.*

Cette hypothèque, attachée au fait du mariage, n'est subordonnée à aucune autre condition qu'à celle de la validité du mariage même[1]. Il en est ainsi, bien que le mariage ait été contracté à l'étranger : le défaut de transcription de l'acte de célébration sur les registres de l'état civil en France, dans le délai fixé par l'art. 171, ne fait pas obstacle à l'existence de l'hypothèque légale de la femme[2].

L'hypothèque légale s'évanouit, d'une manière rétroactive, par suite de l'annulation du mariage. Si cependant il avait été contracté de bonne foi par la femme, cette hypothèque subsisterait avec tous ses effets, pour sûreté des droits et créances acquis à cette dernière jusqu'au moment où la nullité de son union a été prononcée[3].

L'hypothèque légale dont s'agit est indépendante du régime sous lequel les époux sont mariés. Elle existe au profit de la femme contractuellement séparée de biens[4], comme au profit de

[32] Carette, Sir., 38, 1, 198. Toulouse, 18 juillet 1839, Sir., 39, 2, 523. Cpr. Demolombe, VII, 147. — Voy. cep. sur le cas où la reddition de compte serait annulée pour cause de dol : Douai, 22 avril 1857, Sir., 57, 2, 746.

[1] Avant la loi du 28 mai 1838 sur les faillites, quelques auteurs, et notamment M. Pardessus (IV, 1135), avaient soutenu, en se fondant sur les termes de l'art. 443 de l'ancien Code de commerce, que la femme d'un commerçant failli ne jouissait d'aucune hypothèque légale vis-à-vis des créanciers de la masse, lorsque le mariage n'avait été célébré que dans les dix jours antérieurs à l'ouverture de la faillite. Cette opinion que nous avions refutée dans notre première édition, a été formellement proscrite par la loi de 1838, qui ne déclare nulles que les hypothèques conventionnelles ou judiciaires constituées depuis la cessation de paiements, ou dans les dix jours qui l'ont précédée. Code de commerce, art. 446.

[2] Voy. § 468, texte n° 2. Pont, n° 432.

[3] Voy. § 460.

[4] Pont, n° 430.

la femme mariée sous le régime dotal, ou sous celui de la communauté. Elle existe même au profit de la femme séparée de biens judiciairement, comme garantie notamment des indemnités qui peuvent lui être dues par le mari, pour des obligations contractées avec ce dernier depuis le jugement de séparation [5].

2° *Des droits et créances de la femme garanties par l'hypothèque légale.*

La femme mariée a hypothèque, non-seulement pour les trois catégories de créances spécialement mentionnées en l'art. 2135, mais pour tous les droits indistinctement qu'à raison de faits ou d'actes relatifs à son patrimoine [6], elle peut avoir à exercer contre son mari, en cette qualité, à un titre ou pour une cause quelconques [7]. C'est ainsi que, sous quelque régime qu'elle soit mariée, la femme jouit de l'hypothèque légale, tant en raison des indemnités de toute nature que le mari peut lui devoir pour malversations ou fautes commises dans l'administration de ses biens personnels [8],

[5] Quoique la femme reprenne, par suite de la séparation de biens, la libre administration de ses biens personnels, elle n'en reste pas moins placée sous l'autorité et la dépendance de son mari ; et dès lors elle doit continuer à jouir de la protection de l'hypothèque légale, pour les créances nouvelles qu'elle peut acquérir contre ce dernier.

[6] La femme n'a pas d'hypothèque légale pour les aliments qu'elle réclamerait en vertu de l'art. 214. Troplong, II, 418 *bis*. Grenoble, 6 février 1860, Sir., 62, 2, 138. Cpr. texte et note 26 *infra*.

[7] En effet, l'art. 2121, qui est le siége de la matière, attribue à la femme mariée l'hypothèque légale, pour sûreté *de ses droits et créances* sans distinction ; et si l'art. 2135 mentionne spécialement trois espèces de créances, il le fait uniquement pour fixer les différentes époques auxquelles remonte l'hypothèque attachée à chacune de ces catégories, et nullement pour refuser le bénéfice de l'hypothèque aux créances qui ne rentreraient pas exactement dans l'une ou l'autre de ces catégories. Ce point de doctrine est aujourd'hui généralement admis. Zachariæ, § 264, texte et note 12. Voy. aussi les autorités citées aux notes suivantes.

[8] Zachariæ, § 264, texte et note 13. L'hypothèque légale garantit notamment, à la date du mariage, les dommages-intérêts qui peuvent être dus par le mari à la femme, lorsqu'il a négligé de requérir la transcription des donations immobilières faites à celle-ci, soit par des tiers,, soit par lui-même. Civ. cass., 10 mars 1840, Sir., 40, 1, 217. Angers, 10 mars 1841, Sir., 41, 2, 187. — Il résulte de là une conséquence qui mérite d'être notée. Si, à défaut de transcription du contrat de mariage constatant une donation immobilière faite par le mari à la femme, celle-ci ne peut se prévaloir de cette donation, ni pour revendiquer les immeubles donnés contre les tiers qui les ont acquis du mari, ni pour con-

que pour les dépens auxquels il a été condamné envers elle, sur ses demandes, soit en séparation de biens[9] ou de corps[10], soit en obtention de l'autorisation maritale[11], et pour les frais de liquidation de ses droits et reprises[12]. C'est ainsi, en particulier, que la femme mariée sous le régime dotal a hypothèque pour les droits et créances relatifs à ses biens paraphernaux, comme pour ceux qui se rapportent à sa dot[13], et même pour la garantie du compte de gestion dû par le mari, lorsqu'elle lui a abandonné, en vertu d'un mandat exprès ou tacite, l'administration de ses paraphernaux[14].

Parmi les droits et créances que l'art. 2135 mentionne comme protégés par l'hypothèque légale, figurent en première ligne la dot et les conventions matrimoniales.

tester la validité des hypothèques acquises à des tiers du chef de ce dernier, elle est autorisée à exercer son hypothèque légale sur les biens donnés eux-mêmes, comme sur le surplus des immeubles du mari, pour obtenir le paiement des dommages-intérêts auxquels elle aura droit contre ce dernier à raison de la non-exécution de la donation. Cpr. § 704, texte, lett. A, n° 3.

9 Grenier, I, 231. Troplong, II, 418 *ter*. Benoit, *De la dot*, II, 24. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Hypothèque, n° 365. Pont, n° 439. Bauby, *Revue pratique*, 1862, XIV, p. 363 et suiv. Paris, 28 décembre 1822, Sir., 34, 2, 231, à la note. Caen, 25 novembre 1824, Sir., 26, 2, 70. Douai, 1er avril 1826, Sir., 27, 2, 39. Civ. cass., 4 février 1868, Sir., 68, 1, 113. Voy. en sens contraire : Rouen, 12 mars 1817, Sir., 17, 2, 171.

10 Riom, 5 février 1821, Sir., 23, 2, 23. Paris, 28 juillet 1853, Sir., 54, 2, 203.

11 Pont, *loc. cit.* Agen, 15 novembre 1847, Sir., 48, 2, 681.

12 Voy. les autorités citées à la note 9 *supra*.

13 Merlin, *Rép.*, v° Hypothèques, sect. II, § 3, art. 4, n° 2 ; v° Inscription hypothécaire, § 3, n° 9. Battur, II, 358. Troplong, II, 410 et suiv. Valette, n° 136. Pont, n° 439. Zachariæ, § 264, texte et note 15. Civ. cass., 11 juin 1822, Sir., 22, 1, 379. Lyon, 16 août 1823, Sir., 24, 2, 63. Req. rej., 6 juin 1826, Sir., 26, 1, 461. Civ. cass., 28 juillet 1828, Sir., 28, 1, 297. Civ. cass., 5 décembre 1832, Sir., 33, 1, 113. Grenoble, 30 mai 1834, Sir., 34, 2, 478. Req. rej., 9 août 1852, Sir., 53, 1, 197. Cpr. cep. Planel, *Dissertation*, Sir., 19, 2, 89 ; Grenoble, 18 juillet 1814, Sir., 18, 2, 294.

14 Troplong, II, 410. Sériziat, *Du Régime dotal*, n° 353. Montpellier, 27 avril 1846, Sir., 47, 2, 459. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 232 ; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Hypothèques, n° 359 ; Grenoble, 18 juillet 1814, Sir., 18, 2, 294. L'induction que l'on tire des termes de l'art. 1577, *comme tout autre mandataire*, pour dire que la femme qui a donné mandat à son mari, n'a contre lui qu'une action personnelle, est évidemment forcée et contraire à l'esprit de la loi.

Quoique, dans l'acception étendue de ce mot, la dot comprenne tout ce que la femme apporte au mari pour lui aider à supporter les charges du mariage, l'hypothèque légale ne peut cependant s'appliquer qu'aux apports dont la femme s'est expressément ou tacitement réservé la reprise, et à raison desquels il lui compète contre son mari une action en restitution. Mais la femme a hypothèque pour la restitution de sa dot dans le cas même où, d'après le contrat de mariage, c'est un tiers qui a dû toucher la dot, et que ce tiers l'a effectivement reçue[15].

Il est du reste bien entendu que la femme n'est admise à faire valoir son hypothèque légale qu'à la condition de justifier, d'une manière régulière, de l'existence des droits ou créances à raison desquels elle entend l'exercer[16]. Cette justification peut, quant aux meubles et valeurs mobilières que la femme prétend avoir apportés en mariage, se faire par un inventaire, un état en bonne forme, ou une quittance du mari, sans qu'il soit nécessaire que ces actes aient acquis date certaine. Elle peut même, en ce qui concerne le mobilier advenu pendant le mariage, et qui n'aurait pas été constaté au moyen d'un inventaire, se faire par témoins ou par commune renommée[17]. Toutefois, en vertu de l'exception spéciale établie, pour le cas de faillite du mari, par l'art. 563 du Code de commerce, la femme n'est admise à exercer son hypothèque légale à raison, tant de ses apports que du mobilier qui lui est advenu pendant le

[15] En pareil cas, la femme a deux débiteurs au lieu d'un seul, le mari restant toujours responsable de la dot. Montpellier, 3 janvier 1827, Sir., 27, 2, 211. Civ. rej., 30 mars 1831, Sir., 31, 1, 343.

[16] Cpr. Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 3, n° 3 ; Grenier, I, 234 ; Req. rej., 2 septembre 1806, Sir., 6, 1, 461; Civ. rej., 16 juillet 1817, Sir., 19, 1, 40 ; Toulouse, 23 décembre 1819, Sir., 19, 2, 201.

[17] Art. 1499 et 1502. *Non obstat* art. 1510. Il n'est, en effet, question dans ce dernier article, que du droit de poursuite des créanciers des époux sur le mobilier qu'ils possèdent en commun, et des conditions auxquelles l'un des époux est admis à revendiquer, comme lui appartenants, les meubles saisis par les créanciers de l'autre. L'art. 1510 est donc étranger à la question qui nous occupe. La femme se présentant, non comme propriétaire de meubles saisis sur le mari, mais comme créancière de ce dernier, doit être admise à justifier de sa créance, au regard d'autres créanciers, par tous les moyens à l'aide desquels elle peut l'établir vis-à-vis du mari lui-même. C'est aussi ce que suppose la disposition exceptionnelle de l'art. 563 du Code de commerce, rappelée dans la suite du texte.

mariage, qu'à la condition que la preuve de la réception de ces valeurs par le mari, résulte d'actes ayant date certaine[18].

Les termes *conventions matrimoniales*, dans le sens de l'art. 2135, comprennent deux classes différentes de droits, à savoir : d'une part, les créances que la femme a pu acquérir contre son mari, comme administrateur de ses biens personnels, soit en vertu d'un mandat formel qu'elle lui a donné dans le contrat de mariage, soit en vertu des pouvoirs virtuellement inhérents au régime sous lequel elle s'est mariée ; et d'autre part, les avantages que le mari a conférés à la femme par des clauses expresses du contrat de mariage, ou que, d'après leur intention présumée, la loi lui assure en l'absence de toute stipulation[19].

[18] Cpr. Civ. rej., 27 décembre 1852, Sir., 53, 1, 161; Grenoble, 17 août 1854, Sir., 55, 2, 485 ; Req. rej., 22 février 1860, Sir., 60, 1, 433. — Les restrictions établies contre la femme du failli, quant à la preuve de ses droits ou créances, ne sont relatives qu'à l'exercice de son hypothèque légale, ou du droit de reprise en nature de son mobilier. En tant qu'elle ne veut faire valoir qu'une simple créance chirographaire contre la masse, elle est admise à établir, soit le paiement de la dot, soit la valeur du mobilier qu'elle a apporté ou qui lui est échu pendant le mariage, par tous les moyens de preuve du Droit commun. Esnault, *Des faillites*, III, 592. Limoges, 29 juin 1839, Sir., 40, 2, 9. Douai, 27 mai 1841, Sir., 41, 2, 450. Lyon, 29 avril 1850, Sir., 52, 2, 598.

[19] On restreint beaucoup trop le sens des termes *conventions matrimoniales*, quand on dit que la loi désigne par là les avantages matrimoniaux stipulés dans le contrat de mariage en faveur de la femme. Ces termes qui, dans leur signification naturelle, embrassent tous les droits et créances de la femme, dont le principe se trouve, soit dans les clauses expresses du contrat de mariage, soit dans les dispositions législatives destinées à compléter ce contrat ou à y suppléer, comprendraient même à la rigueur les sommes dues à la femme pour remploi de ses propres aliénés, et pour indemnité des dettes par elle contractées avec son mari. Mais l'al. 3 du n° 2 de l'art. 2135 prouve que le législateur n'a entendu désigner par les mots *conventions matrimoniales* que les deux catégories de droits indiquées au texte, à l'exclusion des créances dont la cause directe se trouverait dans des actes passés ou consentis par la femme pendant le mariage. — D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue, pour la saine interprétation des termes *conventions matrimoniales*, que, sauf quelques règles impératives ou prohibitives et d'ordre public, les dispositions du Code qui déterminent les effets des différents régimes matrimoniaux, sont purement déclaratives de la volonté présumée des parties, et qu'ainsi les avantages que, dans telle ou telle situation, la loi assure à la femme sur les biens du mari, doivent, tout comme les pouvoirs que, sous certains régimes, elle confère à ce dernier sur les biens personnels de la femme, être considérés comme écrits dans le contrat de mariage.

Les avantages matrimoniaux de la femme ne sont garantis par l'hypothèque légale qu'autant que, portant sur les biens personnels du mari, ils la constituent créancière envers lui, ou envers sa succession. Ceux qui, d'après leur nature ou leur objet, se trouvent subordonnés, pour la femme commune en biens, à l'acceptation de la communauté, et ne sont susceptibles d'être exercés que sur la masse commune, ne participent pas à la garantie de l'hypothèque légale. Tel est, par exemple, le préciput conventionnel, à moins qu'il n'ait été stipulé même pour le cas de renonciation à la communauté [20]. A plus forte raison, la femme n'a-t-elle pas d'hypothèque légale pour sa part de communauté [21].

Quant aux avantages assurés à la femme sur les biens du mari, l'hypothèque légale s'y attache, peu importe qu'ils soient actuels ou éventuels, et qu'ils aient pour objet des biens présents ou des biens à venir. Ainsi, l'hypothèque légale garantit, non-seulement l'exécution de donations pures et simples, ou de gains de survie portant sur des biens présents [22], mais encore l'effet d'une institution contractuelle, ou de la donation d'une somme à prendre sur les valeurs les plus claires de la succession du mari [23].

20 La femme ne jouit, pour les droits et avantages de cette espèce, comme pour sa part ordinaire dans la communauté, que du privilége de copartageante. Cpr. les arrêts cités à la note suivante. Voy. cep. Duranton, XX, 23.

21 Persil, sur l'art. 2135, n° 7. Pont, n° 435, *in fine*. Zachariæ, § 264, texte et note 18. Paris, 3 décembre 1836, Sir., 37, 2, 273. Req. rej., 15 juin 1842, Sir., 42, 1, 631. Bordeaux, 2 mars 1848, Sir., 48, 2, 349. Civ. rej., 9 janvier 1855, Sir., 55, 1, 125. Nîmes, 24 mars 1859, Sir., 59, 2, 203. Bastia, 25 janvier 1862, Sir., 62, 2, 453.

22 Zachariæ, § 264, texte et note 25. Nîmes, 9 mars 1831, Sir., 31, 2, 157. Douai, 20 août 1835, Sir., 36, 2, 34. Req. rej., 16 mai 1855, Sir., 55, 1, 490. Toulouse, 24 mai 1855, Sir., 55, 2, 491. Riom, 12 novembre 1856, Sir., 57, 2, 183. Req. rej., 27 décembre 1859, Dalloz, 1860, 1, 195.

23 Voy. en sens contraire : Pont, n° 438. Cet auteur pose en principe que les seules dispositions auxquelles puissent s'attacher l'hypothèque légale, sont celles qui, en conférant à la femme un avantage certain et définitif, la constituent immédiatement créancière de son mari ; et il se trouve, par là même, conduit à refuser à la femme, toute hypothèque légale à raison d'une institution contractuelle, ou d'une donation quelconque de biens à venir. Voy. dans le même sens : Zachariæ, *loc. cit.*; Rouen, 11 juillet et 20 décembre 1856, Sir., 57, 2, 359 et 361. Mais la formule que donne M. Pont, restreint arbitrairement le sens des mots *conventions matrimoniales* de l'art. 2135, et la portée du principe posé par l'art. 2121. Il est vrai que l'institution contractuelle, laissant à l'instituant la faculté

Toutefois, la femme ne peut, à raison de ces dernières dispositions, exercer son hypothèque que sur les biens restés en la possession du mari, sans être admise, ni à rechercher les acquéreurs des immeubles qu'il a aliénés à titre onéreux, ni même à contester l'efficacité ou la priorité de rang des hypothèques acquises sur lui[24].

Les avantages éventuels que la loi, en l'absence de toute stipulation, confère à la femme survivante sur les biens du mari, devant être réputés écrits dans le contrat de mariage, et se trouvant ainsi faire partie des conventions matrimoniales, on doit en conclure que, sous le régime de la communauté, comme sous celui de la dot, la femme jouit de l'hypothèque légale pour les frais du deuil du mari[25], et que, sous le régime dotal, elle en jouit égale-

d'aliéner ses biens à titre onéreux, ou de les grever d'hypothèques, il ne pourra jamais être question pour la femme, au profit de laquelle une pareille disposition a été faite, d'exercer son hypothèque légale sur les biens aliénés par son mari à titre onéreux, ni au préjudice des créanciers hypothécaires de ce dernier. Req. rej., 16 mai 1855, Sir., 55, 1, 490. Mais rien ne s'oppose à ce que, dans le cas où le mari aurait abusivement disposé à titre gratuit de valeurs comprises dans l'institution, la femme exerce, à l'encontre des créanciers chirographaires, son hypothèque sur les immeubles existants, et nous ne voyons aucun motif plausible pour lui refuser cette garantie. L'institution contractuelle lui avait conféré, sur les biens de son mari, un droit irrévocable quant au titre, et auquel il ne pouvait porter atteinte par des dispositions à titre gratuit. Or quand, au mépris de l'institution, le mari dispose à titre gratuit d'objets qui s'y trouvent compris, ce fait donne naissance, en faveur de la femme, à une action éventuelle en indemnité ou en dommages-intérêts, action à laquelle s'attache l'hypothèque légale. Des observations analogues s'appliquent à la donation d'une somme à prendre, au décès du mari, sur le plus clair et net de ses biens. Voy. en ce sens : Duranton, XX, 27 ; Req. rej., 19 août 1840, Sir., 40, 1, 849. Cet arrêt, qui a précisément statué sur une espèce où le mari avait disposé à titre gratuit d'objets compris dans l'institution, décide qu'en pareil cas, la femme jouit tout à la fois, de l'action révocatoire quant aux objets existant entre les mains des tiers donataires, et de son hypothèque sur les immeubles laissés par le mari.

[24] Civ. rej., 4 février 1835, Sir., 35 1, 507. Req. rej., 16 mai 1855, Sir., 55, 1, 490. Cpr. aussi : Civ. cass., 23 mars 1841, Sir., 41, 1, 298.

[25] Il n'est pas douteux que la femme survivante n'ait hypothèque légale pour son deuil, lorsqu'il a été formellement stipulé au contrat de mariage qu'elle aurait droit à des habits de deuil, en cas de survie à son mari. Riom, 20 juillet 1853, Sir., 54, 2, 607. Or, qu'importe que la créance de la femme pour les frais de son deuil résulte d'une stipulation expresse du contrat de mariage, ou d'une clause légalement suppléée ou sous-entendue? *Eadem vis est taciti atque expressi consensus.* Proudhon, *De l'usufruit,* I, 212. Toulouse, 6 décembre 1824,

ment pour les aliments qu'elle est en droit d'exiger durant l'année de deuil, en renonçant, pendant le même temps, aux intérêts de sa dot[26].

La femme est autorisée à exercer l'hypothèque légale pour l'indemnité des dettes contractées avec le mari, par cela seul qu'elle se trouve valablement engagée pour lui.

La circonstance que le mari commerçant serait tombé en faillite, et que les obligations en raison desquelles la femme réclame une indemnité, auraient été contractées depuis l'époque à laquelle a été fixée la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui l'ont précédée, ne ferait point, en général, obstacle à l'exercice de l'hypothèque légale. Il en serait cependant autrement, s'il s'agissait d'engagements pris par la femme en pleine connaissance de cause, au profit de créanciers antérieurs du mari, et avec l'intention d'améliorer leur position. Dans ce cas, la femme, quoique valablement obligée envers ceux-ci, ne pourrait faire valoir son hypothèque légale au préjudice des autres créanciers de la masse[27].

Sir., 26, 2, 106. Civ. rej., 29 août 1838, Sir., 38, 1, 769. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Deuil, § 1, n° 8 ; Toullier, XIII, 269 ; Benoît, *De la dot*, II, 25 ; Troplong, II, 418 *bis* ; Pont, n° 437 ; Zachariæ, § 264, texte et note 17 ; Bordeaux, 25 janvier 1858, Sir., 58, 2, 410. On dit, à l'appui de cette dernière opinion, que, si la créance de la femme a pris naissance à l'occasion du mariage, elle ne se rattache cependant pas aux conventions matrimoniales. Mais en raisonnant ainsi, on méconnaît le caractère purement déclaratif des art. 1481 et 1570, dont les dispositions constituent au profit de la femme un droit éventuel, réputé écrit dans le contrat de mariage. M. Pont, en particulier, rejette l'hypothèque légale par le motif que la femme jouissant pour son deuil du privilége général des frais funéraires, elle n'a pas besoin du secours de cette hypothèque. Nous avons combattu son opinion, quant à l'existence du privilége. Voy. § 260, texte n° 2 et note 11. Mais, cette opinion dût-elle être admise, il serait toujours bien inexact de dire, que le privilége général établi par le n° 2 de l'art. 2101 rend l'hypothèque légale sans objet pour la femme.

26 Voy. les arrêts cités à la note précédente. Il serait difficile de ne pas voir dans l'option que l'art. 1570 accorde à cet égard à la femme, un complément des conventions matrimoniales dont l'ensemble constitue le régime dotal.

27 Le dernier alinéa de l'art. 446 du Code de commerce, qui ne fait mention que des hypothèques conventionnelles et judiciaires, est, d'après son texte même, étranger aux hypothèques légales. La disposition qu'il renferme ne saurait, sous prétexte d'analogie, être étendue à l'hypothèque légale dont la femme jouit comme garantie de l'indemnité des dettes contractées avec son mari, par cela seul, qu'elle se serait engagée envers un créancier antérieur de ce dernier, si

3° *Des immeubles soumis à l'hypothèque légale des femmes mariées.*

L'hypothèque de la femme mariée, qui frappe, de sa nature, tous les immeubles présents et à venir du mari, n'affecte définitivement que ceux dont il est devenu propriétaire incommutable. Si une acquisition faite par le mari se trouvait soumise à une condition résolutoire, l'événement de cette condition ferait, en général, évanouir rétroactivement l'hypothèque de la femme. Arg. art.

d'ailleurs elle l'avait fait de bonne foi, et dans l'unique vue de lui procurer des ressources. Le bénéfice de cette hypothèque légale ne devrait lui être refusé que dans le cas où elle se serait obligée avec l'intention de favoriser un ou plusieurs créanciers du mari au détriment des autres. Renouard, *Des faillites*, I, p. 364. Demangeat sur Bravard, *Traité de droit commercial*, V, p. 242, à la note. Req. rej., 7 novembre 1848, Sir., 49, 1, 121. Req. rej., 15 mai 1850, Sir., 50, 1, 609. Colmar, 20 novembre 1855, Sir., 56, 2, 580. Douai, 29 janvier 1857, Sir., 57, 2, 402. Civ. rej., 25 juillet 1860, Sir., 61, 1, 93. Civ. cass., 24 décembre 1860, Sir., 61, 1, 538. Voy. en sens contraire : Nancy, 4 août 1860, Sir., 61, 2, 119; Coin-Delisle, *Revue critique*, 1853, III, p. 221 et suiv.; Pont, n° 447. Ces auteurs enseignent que l'engagement contracté par la femme du failli, pendant la période de temps que l'art. 446 considère comme suspecte, et au profit d'un créancier antérieur, est en soi entaché d'une nullité susceptible d'être opposée par les autres créanciers, et qu'ainsi il n'y a pas lieu d'examiner si, en raison d'un pareil engagement, la femme a droit à une indemnité emportant hypothèque légale. Ils prétendent trouver le principe de cette nullité dans l'incapacité légale où serait, selon eux, le commerçant, d'autoriser sa femme à s'obliger en faveur d'un de ses créanciers, et dans la nullité de l'autorisation que de fait il a donnée. Mais il y a dans cette solution une méprise qui tient à des idées inexactes sur le caractère et les conditions de validité de l'autorisation maritale. La faillite, même déclarée, n'enlève pas au mari le droit ou le pouvoir de donner à la femme l'autorisation de s'obliger ; à plus forte raison conserve-t-il ce pouvoir intact jusqu'à la déclaration de la faillite. D'un autre côté, rien n'empêche que la femme d'un commerçant ne puisse, par forme de cautionnement ou de coobligation solidaire, s'engager au profit de l'un ou de plusieurs des créanciers de son mari. Un pareil engagement devrait, sans doute, être annulé à la demande de la femme elle-même, s'il avait été le résultat d'une violence exercée sur elle, ou d'un dol pratiqué à son préjudice par son mari et le créancier envers lequel elle s'est obligée ; mais, quant aux autres créanciers du mari, ils seraient évidemment non recevables à attaquer cet engagement, sous prétexte, soit du défaut d'autorisation valable, soit de vices invalidant le consentement de la femme. Pour eux, tout se réduit à savoir si le recours que la femme elle-même, ou le créancier envers lequel elle s'est obligée, voudrait exercer contre la masse, se trouve ou non garanti par l'hypothèque légale ; et cette question ne semble pourtant se résoudre qu'au moyen de la distinction indiquée au texte.

2125. Les art. 952 et 1054 apportent cependant à cette règle une double modification [28].

Sous le régime de la communauté, légale ou conventionnelle, l'hypothèque de la femme frappe, en principe, les conquêts de communauté, comme les immeubles propres du mari [29]. Mais les effets de cette hypothèque sont plus ou moins complets en ce qui concerne les conquêts, suivant que la femme renonce à la communauté, ou qu'elle l'accepte.

La renonciation, par suite de laquelle la femme est à considérer comme n'ayant jamais engagé son patrimoine dans une société de biens avec le mari, efface, quant à l'hypothèque légale, toute différence entre les conquêts et les autres immeubles de ce dernier. Il en résulte que la femme qui a renoncé, peut exercer son hypothèque légale sur les conquêts aliénés par le mari seul, quoique durant la communauté ; et cela, dans le cas même où il s'agirait de biens que le mari avait achetés, non pour les conserver, mais dans un but de spéculation et pour les revendre. Il en résulte, d'un autre côté, que cette hypothèque remonte, sur les conquêts, à la même date que sur les autres immeubles du mari, et prime ainsi les hypothèques constituées ou acquises postérieurement à cette date [30].

[28] Cpr. § 696, texte n° 3 et notes 58 à 62 ; § 700, texte et notes 18 à 20.

[29] La question de savoir si, sous le régime de communauté, l'hypothèque légale de la femme s'étend aux conquêts, et dans quelle mesure elle les affecte, a fait naître de graves dissidences. La proposition énoncée au texte, comme formant le point de départ de la théorie que nous allons développer, se justifie par les considérations suivantes. Au regard des tiers, et abstraction faite des droits de la femme au cas d'acceptation, les conquêts sont, durant la communauté, censés former partie intégrante du patrimoine du mari, de telle sorte qu'à la dissolution de celle-ci, il les conserve comme lui ayant toujours appartenu, soit en totalité, soit au moins pour la part qui lui en restera après le partage. En d'autres termes, ces biens ne lui passent pas à titre nouveau, et il les garde *jure non decrescendi*, comme disent nos anciens auteurs. Voy. Pothier, *De la communauté*, n° 568. Cpr. aussi : Loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 1, n° 1 ; Loi du 28 avril 1816, art. 44, n° 10 ; Code Nap., art. 1475. D'un autre côté, la femme, en tant que créancière de son mari, est, elle aussi, à considérer comme un tiers à son égard ; et à moins que l'on ne veuille lui faire une position pire qu'aux autres créanciers, il faut bien qu'elle puisse, comme eux, acquérir hypothèque sur les conquêts.

[30] Voy. dans le sens de ces solutions : Renusson, *De la communauté*, part. II, ch. III, n° 47 ; Lebrun, *De la communauté*, p. 501 ; Pothier, *De la communauté*,

L'acceptation de la communauté produit une situation toute différente. La femme qui accepte étant censée avoir toujours été commune en biens, et avoir été ainsi représentée par son mari dans tous les actes d'administration ou de disposition relatifs aux biens communs, son hypothèque sur les conquêts subit nécessairement l'influence de sa qualité de commune en biens et des conséquences qui découlent de ces actes. On doit en conclure, d'une part, que la femme qui a accepté la communauté, n'est pas recevable à exercer son hypothèque légale sur les conquêts aliénés par le mari durant la communauté, et, d'autre part, qu'elle se trouve primée en ce qui concerne les conquêts échus au lot de ce dernier, par les hypothèques acquises sur lui pendant le même temps [31].

n° 568; Toullier, XII, 305; Grenier, I, 248; Duranton, XIV, 516, et XIX, 330; Troplong, II, 433 *ter;* Pont, n°s 521 et 524; Angers, 26 août 1812, Sir., 13, 2, 38; Civ. cass., 8 novembre 1813, Sir., 20, 1, 120; Paris, 12 décembre 1816, Sir., 17, 2, 228; Orléans, 14 novembre 1817, Sir., 19, 2, 216; Civ. cass., 9 novembre 1819, Sir., 20, 1, 118; Rouen, 11 mars 1846, Sir., 46, 2, 503. Voy. en sens contraire: Delvincourt, III, p. 165; Persil, *Quest. hypoth.*, I, p. 235; Valette, p. 258. Ces auteurs soutiennent que, même au cas de renonciation, la femme ne peut exercer son hypothèque légale sur les conquêts, au préjudice des tiers acquéreurs, ou des créanciers qui, durant le mariage, ont acquis des droits hypothécaires sur le mari. A l'appui de cette opinion, on dit que la renonciation a bien pour effet de dégager la femme de ses obligations comme commune en biens, mais qu'elle ne saurait faire disparaître rétroactivement le fait même de l'existence de la communauté, et qu'elle n'empêche pas que la femme ne doive être considérée comme ayant été représentée dans les actes relatifs aux biens communs. Cette théorie, qui au premier aspect peut paraître spécieuse, implique contradiction, et se réfute par quelques réflexions fort simples. Si, malgré sa renonciation, la femme devait toujours être considérée comme ayant été représentée dans les actes passés par le mari, ne serait-elle pas tenue des engagements résultant de ces actes? Et se comprend-il qu'elle soit obligée de respecter ces actes, comme y ayant été représentée par son mandataire légal, sans cependant être tenue des engagements qui en dérivent? Nous ajouterons, et cette considération serait à elle seule déterminante, que le système que nous combattons, ne tendrait à rien moins qu'à faire à la femme commune en biens, une position pire que celle des autres créanciers, en lui enlevant toute possibilité d'acquérir sur les conquêts une hypothèque remontant, pour ses différentes créances, aux dates respectives fixées par l'art. 2135, alors que l'art. 2121 lui accorde cette hypothèque sur tous les biens présents et à venir du mari.

31 Odier, *Du contrat de mariage,* I, 504. Tessier, *De la dot,* II, 135. Duranton, XIX, 329. Taulier, VII, p. 310. Troplong, *Des hypothèques,* II, 443 *ter,* et

Mais la femme peut, malgré l'acceptation de la communauté, exercer son hypothèque contre les tiers au profit desquels le mari n'aurait aliéné ou hypothéqué des conquêts que depuis la dissolu-

Du contrat de mariage, III, 1646. Flandin, *Revue critique*, 1868, XXXIII, p. 481. Zachariæ, *loc. cit.* Req. rej., 16 février 1841, Sir., 41, 1, 550. Colmar, 1er mars 1855, Sir., 56, 2, 577. Voy. en sens contraire : Pont, n° 526 et 529. Cet auteur, qui se fonde sur l'autorité de Bacquet (*Droits de justice*, ch. XV, n° 42), de Bourjon (*Droit commun de France, De la communauté de biens entre conjoints*, part. VII, ch. II, sect. 10, n° 136), et de Pothier (*De la communauté*, n° 757), argumente ainsi : La femme, créancière de reprises ou d'indemnités, reste en cette qualité, et malgré l'acceptation de la communauté, un tiers à l'égard du mari. D'un autre côté, elle peut, pour rendre sa position égale à celle des autres créanciers, faire abstraction de son ancien droit de copropriété sur les conquêts, et considérer comme ayant toujours appartenu au mari, ceux qui sont tombés au lot de ce dernier. Ces données conduisent à reconnaître que la femme, dont les droits et créances sont garantis par une hypothèque qui s'étend à tous les immeubles du mari, est en droit d'exercer, même contre les tiers acquéreurs ou créanciers, son hypothèque légale sur les conquêts, comme sur les immeubles personnels du mari. Les prémisses de ce raisonnement sont exactes, et il en résulte bien que, même au cas d'acceptation de la communauté, l'hypothèque légale de la femme s'étend en principe aux conquêts ; mais M. Pont a tort d'en conclure que la femme est autorisée à l'exercer au détriment des tiers mêmes qui, durant la communauté, ont valablement acquis des droits de propriété ou d'hypothèque sur ces biens. Cette conclusion est exagérée et fausse, en ce qu'elle ne tient pas compte des conséquences que l'acceptation de la communauté entraîne forcément pour la femme, quant aux actes passés par le mari et aux condamnations prononcées contre lui. En effet, la femme qui accepte, est censée avoir été représentée par le mari dans les actes et jugements relatifs aux biens communs. Ils lui profitent et lui sont opposables, comme si elle y avait figuré ou concouru en personne ; et si elle n'est tenue des dettes qui en dérivent, que jusqu'à concurrence de son émolument, lorsqu'il y a eu bon et fidèle inventaire, c'est là un bénéfice, dont l'objet tout spécial n'a aucun rapport à la question que nous examinons. Il est certain que la femme, commune en biens, qui serait intervenue dans un acte de constitution hypothécaire sur des conquêts, voudrait en vain exercer son hypothèque légale sur ces biens au détriment du créancier auquel ils ont été affectés, et ne trouverait dans l'art. 1483 aucun secours à l'appui d'une pareille prétention ; c'est ce que M. Pont reconnaît lui-même (n° 529). Or, à notre avis, le concours légalement présumé de la femme aux actes concernant les biens communs doit, sous ce rapport, produire le même effet qu'une intervention réelle. Le système contraire nous paraît incompatible avec les pouvoirs qui appartiennent au mari, comme chef de la communauté, en vertu du mandat que la femme, commune en biens, est censée lui avoir donné, lorsqu'elle conserve définitivement cette qualité. — La double proposition énoncée au texte

tion de la communauté [32]. Elle est également en droit de la faire valoir au préjudice des créanciers simplement chirographaires, soit du mari, soit de la communauté, à la charge, bien entendu, de contribuer au paiement de ces derniers dans la mesure déterminée par la loi [33].

Les conquêts qui, par suite du partage de la communauté, ont été attribués à la femme, doivent être considérés comme n'ayant jamais été grevés de son hypothèque légale, de telle sorte que les créanciers qu'elle y a subrogés, ne peuvent faire valoir sur ces biens aucun droit hypothécaire, au préjudice de ses autres créanciers ou des tiers détenteurs [34].

Lorsque, avant la dissolution de la communauté, un ordre est ouvert sur le mari pour la distribution du prix de conquêts par lui aliénés, ou expropriés sur lui, la femme est admise à faire valoir son hypothèque légale, mais à titre provisoire seulement, et par forme de mesure conservatoire. Ainsi, elle aura droit d'être colloquée comme s'il s'agissait de la distribution du prix d'immeubles

ne serait pas complétement applicable au cas d'une société d'acquêts stipulée accessoirement au régime dotal. Sous ce régime, la femme peut, pour ses reprises dotales, faire valoir son hypothèque légale sur les immeubles dépendants de la société, encore qu'elle l'ait acceptée, et que l'exercice de cette hypothèque doive préjudicier aux créanciers envers lesquels elle s'est obligée conjointement avec son mari. Cpr. § 541 *bis*, texte, notes 3 et 7.

32 Cette proposition, qui ne paraît pas contestable, prouve, ainsi que nous l'avons énoncé, que l'hypothèque légale de la femme s'étend, de sa nature et en principe, aux conquêts de communauté, comme aux immeubles propres du mari.

33 Nous partageons à cet égard l'opinion de M. Pont (n° 521).

34 Duranton, XIX, 328. Req. rej., 1er août 1848, Sir., 48, 1, 727. Cpr. Civ. rej., 4 février 1856, Sir., 56, 1, 225. — M. Pont (n° 522) soutient le contraire, en disant que le cessionnaire d'une hypothèque ne saurait perdre son droit par cela seul que le cédant devient propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Mais cette raison, tout exacte qu'elle est en elle-même, ne justifierait cependant la thèse à l'appui de laquelle on la fait valoir, qu'autant qu'on admettrait en même temps, que, malgré l'éventualité du partage, et quels qu'en soient les résultats, l'hypothèque légale de la femme frappe définitivement et irrévocablement tous les conquêts dès l'instant de leur acquisition. Or, une pareille supposition nous paraît inadmissible, puisque nul ne peut acquérir hypothèque sur sa propre chose, et que la femme qui, de l'aveu même de M. Pont (n° 521), était, dès avant la dissolution de la communauté, copropriétaire des biens communs, est censée avoir été, dès leur acquisition, propriétaire exclusive des conquêts tombés dans son lot.

propres du mari[35]; mais cette collocation ne pourra être qu'éventuelle, et ne sera accordée qu'à la charge de la consignation des fonds, pour être délivrés à la femme, si elle renonce à la communauté, et aux créanciers colloqués après elle, si elle l'accepte[36]. Les créanciers subrogés dans l'hypothèque légale de la femme, jouissent à cet égard, et en leur propre nom, des mêmes droits que cette dernière ; et quant aux créanciers non subrogés, ils peuvent, du chef de leur débitrice, et en sous-ordre, réclamer la collocation éventuelle qu'elle serait elle-même autorisée à demander.

Que si le mari était tombé en faillite ou en déconfiture[37], les créanciers de la femme, subrogés ou non subrogés à son hypothèque légale[38], seraient fondés, malgré la continuation de la com-

35 Voy. sur les créances pour lesquelles la femme ou ses créanciers en son nom peuvent obtenir collocation, dès avant la dissolution de la communauté et le règlement définitif de ses droits et reprises : § 295.

36 Cet expédient est commandé par la position de la femme, qui ne peut, avant la dissolution de la communauté, ni l'accepter, ni la répudier. D'une part, en effet, ce n'est qu'après la renonciation à la communauté, qu'il deviendra certain que l'hypothèque légale de la femme doit, sur le prix des conquêts, primer celles des autres créanciers ; et d'autre part, on ne pourrait répartir provisoirement entre ces derniers le prix à distribuer, sans sacrifier ou compromettre les droits de la femme. Rouen, 11 mars 1846, Sir., 46, 2, 503. Lyon, 7 avril 1854, Sir., 54, 2, 577. Bastia, 25 janvier 1862, Sir., 62, 2, 453.

37 Le fait même de l'ouverture d'un ordre sur le mari constituerait-il une preuve suffisante de sa déconfiture? Nous ne le pensons pas : quand l'ordre a lieu à la suite d'une expropriation forcée, la déconfiture du mari sera constatée par cette poursuite, plutôt que par la procédure d'ordre ; et quand, au contraire, l'ordre est ouvert par suite d'une aliénation volontaire, il ne prouve pas suffisamment la déconfiture du mari, qui peut très-bien se trouver encore *in bonis*.

38 L'art. 1446 ne distingue pas entre les créanciers subrogés à l'hypothèque légale de la femme et les créanciers non subrogés. Une pareille distinction eût été contraire au motif sur lequel repose la disposition de cet article. Cpr. § 516, texte n° 1 et notes 3 à 5. — Il existe cependant, quant à l'exercice du droit dont s'agit, une différence notable entre les créanciers de la femme seule et ceux au profit desquels elle s'est obligée solidairement avec le mari. Ceux-ci sont toujours admis à exercer, pour le montant de leur créance, l'hypothèque légale à la date de l'obligation contractée par la femme, sans être tenus d'établir qu'il lui est dû des reprises, cette obligation donnant par elle-même ouverture à une indemnité garantie par l'hypothèque légale. Les premiers, au contraire, sont tenus d'établir l'existence, dans la personne de la femme, de droits ou reprises contre le mari, à concurrence de la somme pour laquelle ils entendent exercer son hypothèque légale.

munauté entre les époux, à réclamer, soit en leur propre nom, soit du chef de leur débitrice, suivant la distinction précédemment indiquée, des collocations définitives dans l'ordre ouvert sur le mari, pour la distribution du prix d'immeubles conquêts, comme ils y seraient autorisés, s'il s'agissait du prix d'immeubles propres de ce dernier [39]. Ils pourraient également, au cas de purge portant sur des conquêts aliénés par le mari, user de la faculté de surenchérir [40].

4° *De la réduction de l'hypothèque légale des femmes mariées.*

La loi accorde aux futurs époux la faculté de réduire, au moyen d'une déclaration insérée au contrat de mariage, l'hypothèque légale à un ou plusieurs immeubles désignés. Cette faculté toutefois ne leur appartient, qu'autant que la future épouse [41] est déjà majeure au moment de la passation du contrat de mariage.

[39] Arg. art. 1446. Il peut paraître singulier que le droit des créanciers de la femme soit, en pareil cas, plus énergique que le droit de la femme elle-même, et que, tandis qu'elle n'aurait à réclamer sur le prix des conquêts, qu'une collocation simplement éventuelle, ils puissent, eux, demander des collocations définitives. Cette singularité apparente trouve son explication dans le motif sur lequel est fondée la disposition du second alinéa de l'art. 1446. Cette disposition, qui forme le correctif de la défense faite aux créanciers de la femme de provoquer la séparation de biens, a pour objet de les protéger contre la négligence de leur débitrice, ou ses ménagements envers le mari. Elle se comprend d'autant mieux que la faillite ou la déconfiture de ce dernier est, pour la femme, comme une mise en demeure de poursuivre la séparation de biens ; si elle s'abstient de le faire, il ne faut pas que son abstention, quels qu'en soient les motifs, puisse compromettre les intérêts de ses créanciers. Orléans, 24 mai 1848, Sir., 50, 2, 145. Paris, 30 juin 1853, Sir., 55, 2, 177. Orléans, 12 juillet 1854, Sir., 54, 2, 561. Colmar, 20 novembre 1855, Sir., 56, 2, 580. Civ. rej., 4 février 1856, Sir., 56, 1, 225.

[40] Il a même été jugé que les créanciers de la femme sont, au cas de faillite ou de déconfiture du mari, recevables à exercer la poursuite hypothécaire contre les tiers détenteurs de conquêts par lui aliénés. Metz, 20 janvier 1859, Sir., 60, 2, 367.

[41] En disant *les parties majeures*, l'art. 2140 semble exiger la majorité des *deux* époux ; cependant il n'existe aucune raison qui rende nécessaire, ou même simplement utile et désirable, la condition de majorité dans la personne du mari. Grenier, I, 269. Persil, sur l'art. 2140, n° 4. Troplong, II, 636. Pont, n° 551. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 264, texte et note 21.

Art. 2140[42]. Ils en jouissent, quel que soit le régime matrimonial qu'ils adoptent. Ainsi, la femme mariée sous le régime dotal peut valablement consentir la réduction de l'hypothèque légale, même en ce qui concerne ses droits dotaux.

Rien n'empêche d'ailleurs que les époux, au lieu de spécialiser l'hypothèque en la réduisant à un ou à plusieurs immeubles déterminés, ne procèdent par voie de simple dégrèvement d'une partie des immeubles du mari[43]; et, dans ce cas, l'inscription n'affecte que les immeubles autres que ceux qui ont été ainsi exclus de l'hypothèque légale[44].

Rien aussi ne s'oppose à ce qu'au lieu d'établir la réduction pour tous les droits de la femme indistinctement, ils la limitent à telles ou telles de ses créances, par exemple, à la dot et aux conventions matrimoniales ; et lorsqu'ils l'ont fait, l'hypothèque conserve sa généralité quant aux autres droits de la femme[45].

Il est expressément défendu aux futurs époux d'affranchir les immeubles du mari, d'une manière absolue, de l'hypothèque légale. Art. 2140. On devrait même regarder comme nulle la convention par laquelle, en réduisant l'hypothèque à certains immeubles, ils se seraient réservé la faculté d'en affranchir ces biens pendant le mariage, en la transportant sur d'autres immeubles d'une valeur

[42] La disposition de l'art. 2140, qui n'autorise la réduction conventionnelle de l'hypothèque qu'autant que la future épouse est majeure, contient une dérogation à la règle générale posée par l'art. 1398. Cpr. § 302, texte n° 3 et note 21. Merlin, *Rép.*, v° Inscr. hypoth., § 3, n° 18. Persil, sur l'art. 2140. Grenier, I, 269. Troplong, II, 637 *bis*. Duranton, XX, 56. Pont, n° 551. Zachariæ, *loc. cit.* Civ. rej., 19 juillet 1820, Sir., 20, 1, 356. Caen, 15 juillet 1836, Sir., 37, 2, 229. Lyon, 30 mai 1844, Sir., 44, 2, 449. Grenoble, 25 août 1847, Sir., 48, 2, 301. Voy. en sens contraire: Taulier, VII, p. 319; Paris, 10 août 1816, Sir., 17, 2, 94. — Cependant la femme mineure, à laquelle ses père et mère constituent une dot, sous la condition de n'en réclamer le montant, sur les biens du mari, qu'après le paiement d'un créancier de ce dernier, peut valablement se soumettre à cette condition. Req. rej., 25 janvier 1859, Sir., 60, 1, 353.

[43] Cpr. § 264 *bis*, texte et note 15.

[44] Cpr. Bordeaux, 24 juillet 1864, Sir., 64, 2, 47; Civ. cass., 6 décembre 1865, Sir., 66, 1, 117.

[45] Il appartient aux tribunaux d'apprécier, sous ce rapport, la portée de la convention ou déclaration de réduction. Pont, n° 547. Civ. rej., 18 août 1856, Sir., 56, 1, 872. Cpr. Paris, 29 mai 1819, Sir., 20, 2, 72.

jugée suffisante[46]. Mais une pareille translation pourrait, indé-

[46] L'hypothèque légale des femmes mariées étant, comme celle des mineurs, établie dans un intérêt d'ordre public, les futurs époux seraient dans l'impossibilité absolue de la modifier, si la loi ne les y autorisait d'une manière formelle. D'où la conséquence que la faculté qui leur est accordée par l'art. 2140, doit être renfermée dans les limites déterminées par la loi. Or, l'article précité permet bien aux futurs époux de réduire l'hypothèque à certains immeubles destinés à y rester affectés; mais elle ne les autorise pas à se réserver la faculté de modifier, pendant le mariage et par une nouvelle convention, l'assiette de l'hypothèque ainsi réglée. Une pareille réserve, qui imprimerait à l'hypothèque légale de la femme un caractère ambulatoire, et en livrerait le sort à la discrétion des époux pendant le mariage, constituerait de leur part une véritable usurpation de pouvoirs vis-à-vis de la loi. Elle serait d'ailleurs pleine de dangers pour la femme, qui pourrait, hors de la surveillance de sa famille, et sans les formalités protectrices que prescrit l'art. 2144, compromettre ses droits et reprises; à ce point de vue encore, elle est repoussée, si non par le texte même de cet article, du moins par son esprit. C'est donc, avec grande raison, que la Cour régulatrice (Civ. cass., 5 mai 1852, Sir., 52, 1, 189) a cassé un arrêt de la Cour de Grenoble (12 mars 1849, Sir., 49, 2, 385) qui, dans l'intérêt de la femme elle-même, avait déclaré valable en soi, et opposable aux tiers, la convention dont il s'agit. — Mais on peut hésiter sur le point de savoir si la nullité affecte uniquement la réserve accessoire de transporter ultérieurement l'hypothèque légale, des immeubles auxquels elle a été restreinte, à d'autres biens, et laisse ainsi subsister la convention principale de réduction, ou si, au contraire, la nullité s'attache à la clause tout entière, et doit avoir pour effet de faire considérer la réduction comme non avenue. Cette dernière solution est adoptée par M. Pont (n° 548), comme pouvant seule garantir d'une manière efficace les intérêts de la femme, et parce que, selon lui, la réserve ajoutée à la convention de réduction serait inséparable de celle-ci, dont elle formerait la condition essentielle. Voy. dans le même sens: *Observations* de M. Rodière (*Journal du Palais*, 1855, 2, 546) et de M. Massé (Sir., 52, 1, 189). Nous trouvons préférable le premier système, en faveur duquel s'est prononcée la Cour de Lyon, par arrêt du 26 janvier 1854 (Sir., 54, 2, 245). La convention en litige présente en effet deux parties complétement distinctes : l'une par laquelle les futurs époux, en usant de la faculté que la loi leur accorde, déclarent réduire l'hypothèque légale à certains immeubles déterminés ; l'autre par laquelle ils entendent s'arroger le pouvoir d'en modifier l'assiette pendant le mariage. Or, cette dernière réserve n'est ni une condition, ni même une modification du consentement donné par la femme à la réduction de son hypothèque légale ; et nous ne pensons pas que la nullité de cette réserve, stipulée à l'occasion de l'exercice d'une faculté légale, doive avoir pour conséquence d'entraîner la nullité de la réduction opérée en vertu de cette faculté, et de faire revivre, au préjudice des tiers acquéreurs ou créanciers, l'hypothèque légale sur les biens qui en avaient été affranchis. La femme ne pourrait évidem-

pendamment même de toute clause de cette nature, valablement s'opérer dans les formes déterminées par l'art. 2144[47].

L'hypothèque de la femme, quoique spécialisée par sa restriction à certains immeubles, n'en conserve pas moins son caractère d'hypothèque légale dispensée d'inscription. D'un autre côté, l'effet d'une telle restriction n'est point absolu et irrévocable[48].

L'hypothèque légale qui n'a pas été restreinte par le contrat de mariage à certains immeubles déterminés, peut encore être réduite pendant le mariage, à la demande du mari, mais seulement sous les conditions prescrites par l'art. 2144.

5° *Des restrictions auxquelles est soumise l'hypothèque légale des femmes de commerçants faillis.*

En cas de faillite du mari, et lorsqu'il était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou lorsque, n'ayant pas alors d'autre profession, il est devenu commerçant dans l'année, l'hypothèque légale de la femme se trouve soumise à une double restriction, établie par les art. 563 et 564 du Code de commerce[49],

ment contester la validité de la déclaration de réduction, si de fait elle n'avait pas ultérieurement consenti au déplacement de son hypothèque. Ce ne serait donc pas à raison de la nullité seule de la réserve stipulée accessoirement à cette déclaration, qu'on lui reconnaîtrait ce droit, mais bien parce qu'elle aurait eu la faiblesse ou l'imprudence de faire usage de cette réserve ; et il n'est pas admissible que la femme puisse, par un fait de cette nature, porter atteinte aux droits des tiers. Il est du reste entendu que, malgré le consentement donné au déplacement de son hypothèque, et à la déclaration d'affranchissement des immeubles qui y étaient restés affectés, la femme conserverait toujours son gage légal sur ces immeubles ; c'est un point sur lequel on est d'accord dans les deux systèmes, et c'est tout ce qu'il est possible d'exiger ou d'admettre dans l'intérêt de la femme.

47 Montpellier, 27 décembre 1866, Sir., 67, 2, 256.

48 Cpr. § 264 *bis*, texte n° 2, *in fine*, et note 19 ; Grenier, I, 268.

49 Ces articles ont remplacé les art. 549 à 553 du Code de commerce de 1807, dont ils ont corrigé ou tempéré, dans l'intérêt de la femme, certaines dispositions empreintes d'un excès de défiance ou de rigueur. C'est ainsi que l'art. 551 avait refusé à la femme le bénéfice de l'hypothèque, pour les deniers et effets qui lui étaient advenus pendant le mariage, même par succession, donation, ou legs ; et que, pour la dot, les remplois, ou indemnités, il en avait restreint l'exercice aux seuls immeubles dont le mari était propriétaire à l'époque de la célébration du mariage. Les modifications introduites sur ces points par la loi du 28 mai 1838, ont fait naître la question transitoire suivante : Lorsque le mariage

dans l'intérêt des créanciers, soit chirographaires, soit hypothécaires du failli [50]. Le dernier de ces articles refuse à la femme le bénéfice de l'hypothèque légale pour ses avantages matrimoniaux, de quelque nature qu'ils soient. Quant à l'art. 563, il limite l'exercice de l'hypothèque légale de la femme, pour ses reprises, remplois, ou indemnités, aux immeubles dont le mari était déjà propriétaire au jour de la célébration du mariage, ou qui lui sont échus depuis à titre de succession, de donation, ou de legs.

Dans l'esprit de l'art. 563, dont la disposition est fondée sur la présomption légale que les immeubles acquis à titre onéreux par le mari, ont été payés des deniers des créanciers, on doit considérer comme ayant ce caractère, et comme échappant, par suite,

a été célébré avant la promulgation de la loi de 1838, et que la faillite n'est survenue que depuis cette époque, l'étendue des droits hypothécaires de la femme est-elle réglée par le Code de commerce de 1807, ou par la loi de 1838? La question doit être résolue au moyen d'une distinction. La femme ne se trouve-t-elle en présence que de créanciers simplement chirographaires, ou même de créanciers hypothécaires, mais dont les hypothèques ne sont devenues efficaces qu après la promulgation de la loi de 1838, elle est fondée à invoquer les nouvelles dispositions de cette loi. Au contraire, la femme est-elle en concours avec des créanciers qui ont des hypothèques devenues efficaces dès avant la loi de 1838, son hypothèque restera, en ce qui les concerne, renfermée dans les limites fixées par le Code de commerce de 1807. Renouard, *Des faillites*, p. 454. Valette, p. 265, à la note. Pont, n° 534. Req. rej., 3 janvier 1844, Sir., 44, 1, 106. Req. rej., 17 juillet 1844, Sir., 44, 1, 600. Cpr. cep. Bédarride, *Des faillites*, II, 990; Duranton, XIX, 299 *bis*; Lainé, *Des faillites*, p. 454. Ces auteurs, tout en s'attachant, en principe, à la distinction ci-dessus indiquée, émettent sur quelques points secondaires des opinions qui nous paraissent erronées.

[50] M. Labbé enseigne au contraire (Sir., 66, 2, 345, à la note) que les créanciers hypothécaires ne peuvent pas, comme tels et en leur propre nom, se prévaloir des dispositions des art. 563 et 564, et qu'ils n'y sont exceptionnellement admis qu'autant que l'exercice de l'hypothèque légale de la femme porterait préjudice à la masse chirographaire. Mais cette manière de voir ne nous paraît pas conciliable avec les dispositions générales et absolues des articles précités. D'ailleurs, nous ne voyons pas comment, dans le cas où l'exercice de l'hypothèque légale préjudicierait à la masse chirographaire, un créancier hypothécaire pourrait, en se prévalant du droit de cette masse, réclamer une collocation à laquelle il n'aurait pas droit en son propre nom. Voy. en ce sens : Bédarride, *Des faillites*, III, 996; Massé, *Droit commercial*, II, 1350; Nancy, 27 mai 1865, Sir., 66, 2, 345; Nîmes, 17 juillet 1867, Sir., 68, 2, 149. Cpr. texte n° 5, *in fine*, et note 60 *infra*.

à l'hypothèque légale, la mieux-value résultant de constructions ou d'améliorations faites pendant le mariage sur des immeubles qui appartenaient au mari lors de sa célébration, ou qui lui sont advenus depuis à titre gratuit [51]. La même solution est applicable aux acquisitions faites par le mari, au moyen de ses deniers personnels, de portions indivises appartenant à des tiers dans des immeubles dont il était déjà copropriétaire lors du mariage, ou dont une part lui est échu depuis à titre gratuit. Mais on ne devrait regarder comme acquis à titre onéreux, ni les immeubles attribués au mari par l'effet d'un partage, ni même les immeubles adjugés sur licitation, si, ses cohéritiers ayant été remplis de leurs droits en valeurs héréditaires, il n'avait eu à leur payer aucune soulte ni retour [52].

[51] Renouard, *op. cit.*, I, p. 344. Bédarride, *op. cit.*, II, 1034. Massé, *Droit commercial*, II, 1435. Pont, n° 535. Demangeat sur Bravard, *Traité de droit commercial*, V, p. 566. Montpellier, 29 juillet 1867, Sir., 68, 2, 190. Cpr. Esnault, *Des faillites*, III, 599. Voy. en sens contraire : Rouen, 29 décembre 1855, Sir., 57, 2, 753; Grenoble, 28 juin 1858, Sir., 59, 2, 249; Caen, 3 juin 1865, Sir., 65, 2, 310. Ces arrêts, dont la décision est uniquement fondée sur l'art. 2133, nous paraissent s'être mis en opposition avec le texte même, comme avec l'esprit de l'art. 563 du Code de commerce. En effet, quand le mari a fait élever d'importantes constructions sur un immeuble dont il était déjà propriétaire en se mariant, peut-on dire, dans le sens de cet article, que la valeur immobilière qu'il a créée aux dépens de ses créanciers, lui appartenait déjà à l'époque de son mariage ?

[52] On subordonne d'ordinaire la solution des questions décidées au texte, au point de savoir si l'art. 883 est ou non applicable à la matière ; et, sur ce terrain, il s'est formé deux opinions extrêmes. D'après l'une, qui admet l'application de l'art. 883, la femme pourrait toujours exercer son hypothèque légale, sur la totalité des immeubles dont le mari était copropriétaire. Voy. en ce sens : Renouard, *Des faillites*, II, 313; Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, IV, 1881 ; Pont, n° 536; Demangeat sur Bravard, *op. cit.*, p. 565, à la note; Limoges, 14 mai 1853, Sir., 53, 2, 567; Grenoble, 5 août 1857, Sir., 58, 2, 633; Angers, 27 mai 1864, Sir., 64, 2, 270; Metz, 14 novembre 1867, Sir., 68, 2, 270; Douai, 26 novembre 1868, Sir., 68, 2, 331. Suivant l'autre opinion, qui rejette l'application de l'article précité, la femme ne pourrait jamais exercer son hypothèque légale que sur la part qui appartenait originairement au mari. Voy. en ce sens : Esnault, *op. cit.*, III, 600; Massé, *Droit commercial*, II, 1435; Demolombe, XVII, 328; Bertauld, *Revue critique*, 1864, XXIV, p. 392 et 393; Bourges, 2 février 1836, Sir., 37, 2, 465; Paris, 8 avril 1853, Sir., 53, 2, 565; Caen, 21 avril 1866, Sir., 68, 2, 270. Nous pensons, avec les partisans de cette dernière opinion, que l'art. 883 est effectivement inappli-

L'application des art. 563 et 564 du Code de commerce est indépendante de la qualité prise par le mari dans le contrat de mariage, et se détermine uniquement d'après sa condition réelle à l'époque de la célébration de l'union conjugale. Ainsi, il y a lieu à leur application par cela seul que le mari se livrait habituellement, à l'époque du mariage, à des opérations commerciales, bien qu'il n'ait pas pris dans le contrat de mariage la qualité de commerçant, ou que même il exerçât des fonctions légalement incompatibles avec la profession de négociant, par exemple, celles de receveur des finances ou de notaire[53]. Mais, réciproquement aussi, la qualité de commerçant prise par le mari dans le contrat de mariage ne suffit point pour motiver l'application des articles précités, lorsque de fait il n'était pas commerçant, et qu'il ne l'est devenu que plus d'une année après la célébration du mariage[54].

L'existence de la faillite, c'est-à-dire de l'état de cessation de paiements, peut, indépendamment de tout jugement déclaratif de faillite, être constatée par le tribunal civil, saisi d'une contestation relative à l'exercice de l'hypothèque légale de la femme[55]. Mais il

cable à la situation qu'il s'agit de régler. En soumettant à l'exercice de l'hypothèque légale, la totalité des immeubles sur lesquels le mari n'avait primitivement qu'une part indivise, et ce, dans le cas même où il aurait acquis, moyennant des deniers tirés de sa caisse, les portions indivises de ses cohéritiers, on donnerait au principe consacré par cet article, une extension qu'il ne comporte pas et l'ou ferait brèche à la disposition spéciale de l'art. 563 du Code de comm., au point de vue duquel il est impossible de considérer comme des immeubles échus au mari à titre de succession, les portions indivises qu'il a acquises à l'aide de deniers personnels. Mais, tout en écartant l'application de l'art. 883, il faut reconnaître que l'hypothèque légale de la femme doit frapper la totalité des immeubles dont le mari était copropriétaire, lorsqu'il résulte de l'acte de partage que les cohéritiers ont été remplis de leurs droits en valeurs héréditaires. En pareil cas, la présomption légale que les acquisitions faites par le mari l'ont été au moyen des deniers de ses créanciers s'évanouit; et il est vrai de dire, même au point de vue spécial de l'art. 563 du Code de comm., que la totalité des immeubles est advenue au mari par succession, sans qu'il y ait lieu, sauf le cas de fraude, de s'arrêter à la circonstance qu'il aurait reçu proportionnellement plus d'immeubles que ses cohéritiers. Cpr. art. 832 et 882.

53 Renouard, *op. cit.*, II, p. 340. Esnault, *op. cit.*, III, 589. Pont, n° 443. Req. rej., 5 juillet 1837, Sir., 37, 1, 923. Nîmes, 10 juillet 1851, Sir., 51, 2, 634.

54 Renouard et Pont, *locc. citt.* Besançon, 13 février 1856, Sir., 56, 2, 367.

55 Renouard, *op. cit.*, II, p. 325. Bédarride, *op. cit.*, II, 993 et 994. Esnault, *op. cit.*, III, 594. Req. rej., 8 juin 1837, et Civ. rej., 7 mars 1836,

est bien entendu que ce tribunal ne sera autorisé à appliquer les art. 563 et 564 du Code de commerce, qu'à la condition de constater formellement l'existence de la faillite du mari [56], et dans la supposition qu'elle puisse encore être légalement déclarée. Il résulte de là que, si le mari était décédé depuis plus d'une année, ou s'il avait quitté le commerce, de sorte qu'au moment de sa déconfiture, il ne fût plus possible de le considérer comme commerçant failli, l'hypothèque légale de la femme ne serait soumise à aucune restriction [57].

Les dispositions des articles précités restent applicables même après concordat ou contrat d'union [58]. La femme n'est donc pas admise à exercer son hypothèque légale, dans toute son étendue, au détriment, soit de créanciers hypothécaires du failli, soit de créanciers concordataires qui n'auraient pas encore touché leurs dividendes, soit de créanciers de l'union qui ne seraient point complétement désintéressés ; et il en serait ainsi, alors même qu'il s'agirait d'immeubles acquis par le mari depuis le concordat ou la dissolution de l'union [59].

Sir., 37, 1, 920 et 923. Civ. rej., 13 novembre 1838, Sir., 39, 1, 121. Grenoble, 28 août 1847, Sir., 48, 2, 469. Metz, 20 décembre 1865, Sir., 66, 2, 281. Voy. en sens contraire : Massé, *Droit commercial*, II, 1166 et suiv. ; Delamarre et Lepoitvin, *Droit commercial*, VI, 26 et suiv. ; Demangeat sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 40, à la note.

56 Civ. cass., 28 décembre 1840, Sir., 41, 1, 31.

57 Lyon, 21 février 1851, Sir., 51, 2, 317. Caen, 15 mai 1854, Sir., 54, 2, 699. Req. rej., 4 décembre 1854, Sir., 55, 1, 298. Req. rej., 11 avril 1858, Sir., 58, 1, 670.

58 Esnault, *op., cit.*, III, 595. Lainé, *Des faillites*, p. 455. Bédarride, *op. cit.*, II, 996. Massé, *Droit commercial*, II, 1350. Demangeat sur Bravard, *op. cit.*, V, p. 567. Nîmes, 4 mars 1828, Sir., 30, 2, 357. Civ. cass., 1er décembre 1858, Sir., 59, 1, 113.

59 Telles sont, à notre avis, les seules conséquences qu'on puisse tirer du principe, vrai en soi, que ni le concordat ni la dissolution de l'union ne font cesser l'état de faillite. Nous ne pensons pas qu'après satisfaction complète des créanciers de l'union, ou acquittement des dividendes promis par le concordat, le mari lui-même ou ses nouveaux créanciers puissent, sous le prétexte que l'état de faillite ne cesse que par la réhabilitation, invoquer encore, contre la femme, les restrictions établies par les art. 563 et 564 du Code de commerce. Massé, *op. et loc. citt.* Toulouse, 7 avril 1865, Sir., 65, 2, 212. Voy. cep. Demangeat, *op. et loc. citt.*

D'un autre côté, les restrictions apportées, pour le cas de faillite du mari, à l'hypothèque légale de la femme, s'appliquent non-seulement aux immeubles qui se trouvaient encore, au moment de la faillite, en la possession de ce dernier, mais même à ceux qu'il avait antérieurement aliénés, de telle sorte que la femme ne peut agir par voie hypothécaire contre les tiers détenteurs de ces immeubles [60].

6° *De la date à laquelle remonte l'hypothèque des femmes mariées.*

L'hypothèque légale des femmes mariées n'a pas, comme celle des mineurs et des interdits, un point de départ invariable. L'effet en remonte à des dates différentes, selon la nature des droits qu'elle est destinée à garantir, et les époques auxquelles ils ont pris naissance [61].

Les dispositions du n° 2 de l'art. 2135 dont l'objet est de fixer le rang hypothécaire des divers droits et créances de la femme, ne sont pas susceptibles d'être modifiées par des conventions insérées au contrat de mariage. Les parties ne pourraient, ni faire remonter l'hypothèque légale, pour telle ou telle créance de la

60 En effet, la disposition de l'art. 563 est générale, et n'admet aucune distinction entre les deux catégories d'immeubles indiquées au texte. D'un autre côté, l'action hypothécaire que dirigerait la femme contre les tiers détenteurs d'immeubles aliénés par le mari, donnerait ouverture à un recours en garantie de la part de ces derniers, et ce recours tournerait nécessairement au détriment de la masse. Bédarride, *Des faillites*, III, 996. Massé, *Droit commercial*, II, 1350. Demangeat sur Bravard, *op. cit.*, V, p. 566 et 567. Agen, 22 juillet 1859, Sir., 60, 2, 86. Nancy, 27 mai 1865, Sir., 66, 2, 345.

61 Dans notre ancien Droit, et sauf les dispositions plus ou moins divergentes de quelques coutumes, celles de Normandie et de Bretagne par exemple, l'hypothèque légale prenait rang du jour du contrat de mariage ou de celui de la célébration du mariage, même quant au remploi de propres aliénés, et quant aux indemnités pour dettes contractées par la femme avec son mari. Les femmes, mariées sous l'empire de ces principes, ont conservé leur hypothèque à la date du contrat de mariage ou du mariage, même pour les aliénations et les obligations consenties depuis la promulgation du Code Napoléon. Chabot, *Questions transitoires*, v° Hypothèques, § 3. Troplong, II, 630. Pont, n°s 755 et 759. Civ. cass., 12 août 1834, Sir., 34, 1, 693. Civ. cass., 26 janvier 1836, Sir., 36, 1, 99. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Effet rétroactif, sect. III, § 3, art. 2; Grenier, I, 259; Civ. rej., 7 mai 1816, Sir., 17, 1, 145.

femme, à une date antérieure à celle qui se trouve fixée par l'art. 2135[62], ni assigner à cette hypothèque, une date postérieure à celle que lui attribue le même article[63].

Les dispositions de l'art. 2135 étant incomplètes en ce qu'elles ne fixent pas le rang de tous les droits et créances que, sous les divers régimes matrimoniaux, la femme peut avoir à exercer contre son mari, il convient de combler, au moyen de l'analogie, les lacunes que présente l'article précité.

Aux termes de l'art. 2135, la femme a hypothèque, pour sa dot et ses conventions matrimoniales, à compter du jour du mariage[64].

[62] On s'est demandé si, par une clause spéciale insérée au contrat de mariage, les parties ne pouvaient pas faire remonter l'hypothèque légale à la date du mariage, pour les créances indiquées à l'al. 5 de l'art. 2135. La question ainsi posée ne peut être résolue que négativement, puisqu'il n'est pas permis de déroger par convention aux dispositions légales établies dans l'intérêt des tiers. Troplong, II, 588 *bis*. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 327; Zachariæ, § 264, note 30. Mais rien n'empêche qu'on ne stipule à cet effet une hypothèque conventionnelle, dans les conditions ordinaires de constitution et d'efficacité de pareilles hypothèques. Cpr. Req. rej., 26 février 1829, Dalloz, 1829, 1, 161. Cet arrêt, qui reconnaît la validité d'une constitution hypothécaire de cette nature, nous paraît sujet à critique, en ce qu'il étend à cette hypothèque, qu'il reconnaît n'être que contractuelle, le bénéfice de la dispense d'inscription, qui n'est attaché à l'hypothèque légale de la femme qu'avec les restrictions sous lesquelles la loi accorde cette dispense.

[63] L'art. 2140, en permettant de restreindre l'hypothèque légale de la femme à certains immeubles du mari, indique nettement que c'est là la seule modification qui puisse être apportée aux dispositions légales relatives à cette hypothèque. On doit d'autant mieux le décider ainsi, quant à la question résolue au texte, que la solution contraire pourrait avoir pour résultat de rendre complétement illusoire l'hypothèque légale. Grenoble, 7 mars 1868, Sir., 68, 2, 339.

[64] Sous le Droit ancien, l'hypothèque légale de la femme remontait même au delà du jour de la célébration du mariage, et jusqu'à la date du contrat de mariage, lorsque ce contrat avait été passé en forme authentique. Cette jurisprudence, qui se rattachait au principe d'après lequel les actes notariés emportaient de plein droit hypothèque générale pour l'exécution des conventions y consignées, ne devait pas être reproduit par le Code Napoléon. Aussi l'art. 2135, n° 2, a-t-il fixé la date de l'hypothèque, pour la dot et les conventions matrimoniales, au jour de la célébration du mariage, sans distinguer entre le cas où les époux ont fait rédiger par écrit leurs conventions matrimoniales et celui où ils se sont mariés sans contrat de mariage. On a cependant voulu soutenir, en se fondant sur les termes de l'art. 2194, *qui auront le même effet que si elles avaient été prises le jour du contrat de mariage*, que les rédacteurs du Code ont entendu main-

Toutefois, et en vertu d'une dérogation spéciale à ce principe[65], l'hypothèque légale ne remonte, pour les sommes dotales qui proviennent de successions échues à la femme et de donations à elle faites pendant le mariage, qu'au jour de l'ouverture des succes-

tenir la distinction établie entre ces deux cas par l'ancienne jurisprudence. Mais outre que les termes *contrat de mariage* pourraient, à la rigueur, s'entendre *de l'acte de célébration du mariage*, et qu'en tout cas l'induction qu'on en tire n'est pas absolument certaine, il faut reconnaître que la disposition qui aurait reporté l'hypothèque à la date du contrat de mariage, eût manqué de toute raison d'être sous l'empire d'une législation qui n'attache plus d'hypothèque générale aux actes notariés. D'un autre côté, une pareille disposition eût été inconciliable avec le principe de la publicité des hypothèques, principe auquel le Code n'a dérogé, en faveur des femmes mariées, qu'en raison de la publicité, réelle ou légalement présumée, qui entoure la célébration du mariage, mais qui n'existe point pour le contrat de mariage. Ajoutons que les règles d'une bonne interprétation ne permettent pas de voir dans l'art. 2194, qui, en réglant la manière de purger l'hypothèque de la femme, ne parle qu'accidentellement de l'époque à laquelle elle remonte, une modification ou une dérogation à l'art. 2135, dont l'objet principal et direct a été précisément d'en fixer la date pour les différentes créances de la femme. Persil, sur l'art. 2135, § 2, n° 2. Grenier, I, 243. Duranton, XX, 20. Benech, *Du remploi*, n° 111. Tessier, *De la dot*, II, 134. Pont et Rodière, *Du contrat de mariage*, II, 674. Pont, n° 753. Audier, *Revue pratique*, 1863, XVI, p. 491. Zachariæ, § 264, note 26. Nîmes, 26 mars 1833, Sir., 34, 2, 89. Cpr. Req. rej., 22 novembre 1836, Sir., 37 et 83. Voy. en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 3, n° 8 ; Benoît, *De la dot*, II, p. 47 ; Troplong, II, 578.

65 On ne peut qu'applaudir à l'innovation législative provoquée par le Tribunat (cpr. Locré, *Lég.*, t. XVI, p. 317, n° 12), et consacrée par le n° 2 de l'art. 2135, en tant qu'il s'agit de la date de l'hypothèque de la femme pour les indemnités dérivant d'obligations contractées avec le mari et pour le remploi de ses propres aliénés. L'ancienne jurisprudence ouvrait une large porte à la fraude, en ce que, pour frustrer des créanciers hypothécaires antérieurs envers lesquels le mari se trouvait seul obligé, il suffisait à la femme, soit de contracter de nouvelles dettes avec ce dernier, ou même de se coobliger à des dettes déjà existantes, soit de consentir à la vente de ses propres. Voy. Merlin, *Rép.*, v° Hypothèques, sect. 1, § 8, 5. Mais la possibilité de pareilles fraudes n'existe pas pour des valeurs dotales advenues à la femme par succession ou par donation ; et il eût été convenable et logique de faire remonter son hypothèque à raison de pareilles valeurs, au jour même de la célébration, comme on l'a fait en ce qui concerne les sommes apportées en mariage. Il s'agit pour celles-là, aussi bien que pour celles-ci, de garantir la femme des pertes qu'elle est exposée à éprouver, sans aucun fait nouveau de sa part, par suite du droit d'administration conféré au mari dans le contrat de mariage.

sions[66], et à celui où le mari est devenu responsable des valeurs comprises dans les donations[67].

D'un autre côté, la femme n'a hypothèque, pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari et pour le remploi d'immeubles à elle propres aliénés avec son concours, qu'à compter du jour des obligations et des ventes[68]. Que si le mari avait aliéné seul un immeuble de la femme, et que celle-ci eût ultérieurement ratifié la vente qui lui était jusqu'alors restée étrangère, l'hypothèque légale ne daterait que du jour de la ratification, et non pas de celui de la vente[69].

Lorsqu'il s'agit d'obligations ou d'aliénations constatées par des actes sous seing privé, l'hypothèque ne date que du jour où ces actes ont acquis date certaine, conformément à l'art. 1328[70].

66 L'hypothèque date du jour de l'*ouverture des successions*, et non pas seulement du jour où le mari a reçu les sommes ou effets échus à la femme. Troplong, II, 586 et suiv. Zachariæ, § 264, note 28, *in fine*. Civ. rej., 5 mai 1841, Sir., 41, 1, 449.

67 C'est ainsi que nous croyons devoir interpréter les termes de l'art. 2135, *du jour que les donations ont eu leur effet*. Persil, sur l'art. 2135, § 5, n° 7. Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, I, p. 343. Pont, n°s 754 et 757. Zachariæ, § 264, texte et note 28. — Tarrible (*Rép.*, v° Inscription hypothécaire, n° 10) enseigne, au contraire, que l'hypothèque remonte toujours au jour où la donation est devenue parfaite par l'acceptation. Mais s'il s'agissait d'une donation conditionnelle, pourrait-on dire qu'elle a eu son effet par l'acceptation ?

68 Ainsi, l'hypothèque pour le remploi de propres aliénés, ne date pas seulement du jour du paiement du prix, mais du jour de l'acte d'aliénation, à quelque époque que le prix soit devenu exigible, ou ait été payé. Cpr. note 72 *infra*.

69 Dans ce cas, en effet, il n'y a véritablement vente, à l'égard de la femme, qu'à partir de sa ratification. Si le mari était obligé pour lui et pour sa femme, en se portant fort pour celle-ci, et qu'elle eût après coup accédé à l'obligation, l'hypothèque légale ne prendrait bien certainement date que du jour de l'accession, et le même principe doit s'appliquer à l'hypothèse indiquée au texte. Req. rej., 6 juillet 1831, Sir., 31, 1, 307. Voy. en sens contraire : Paris, 18 juin 1863, Sir., 64, 2, 208.

70 Voy. § 756, texte et note 111. *Adde*, dans le sens de la proposition énoncée au texte : Pont, n° 761 ; Demolombe, *Revue critique*, 1851, I, p. 527 ; Civ. cass., 15 mars 1859, Sir., 59, 1, 193 ; Agen, 10 juin 1859, Sir., 59, 2, 341. — Toutefois, si les créances résultant des obligations contractées par la femme conjointement avec son mari, avaient été admises au passif de la faillite de ce dernier, et qu'ainsi leur antériorité à son ouverture se trouvât établie à l'encontre de la masse chirographaire, celle-ci ne pourrait plus contester à la femme, l'hypo-

Les explications données plus haut sur le sens des mots *conventions matrimoniales*, et l'esprit de la loi, tel qu'il se manifeste par l'ensemble des dispositions du n° 2 de l'art. 2135, conduisent, pour une série de questions plus ou moins controversées, aux solutions suivantes :

L'hypothèque légale de la femme, pour les créances ou les effets mobiliers apportés en dot, et recouvrées ou dissipés par le mari, remonte au jour de la célébration du mariage[71].

Il en est de même de l'hypothèque à raison des sommes que le mari aurait touchées par suite de l'exercice d'une action rescisoire ou autre, comprise dans les biens apportés en dot[72].

C'est pareillement à la date du mariage, que se reporte l'hypothèque de la femme, mariée sous le régime dotal, sous celui de la communauté, ou sous le régime exclusif de communauté, pour les dommages-intérêts qui peuvent lui être dus, à raison des dégradations ou détériorations survenues aux biens dotaux par défaut de surveillance ou d'entretien, et en général, à raison de fautes quelconques commises par le mari dans l'administration de ces biens[73].

L'hypothèque de la femme mariée sous le régime dotal, pour le remploi de ses immeubles dotaux aliénés, ne remonte, comme celle de la femme commune en biens, pour le remploi de ses propres, qu'à la date des actes d'aliénation[74].

thèque légale attachée à son droit d'indemnité. Civ. cass., 15 mars 1859, Sir., 59, 1, 193. Amiens, 26 mars 1860, Sir., 60, 2, 126. Civ. rej., 19 février 1862, Sir., 62, 1, 382.

71 Paris, 9 janvier 1856, Sir., 56, 2, 368.

72 *Qui actionem habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur.* D'ailleurs, l'exercice de l'action qui compétait à la femme et le recouvrement des sommes qui lui ont été adjugées, rentraient dans l'administration dont le mari se trouvait investi en vertu des conventions matrimoniales. Duranton, XX, 22 *bis*. Pont, n° 777. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 233 ; Troplong, II, 587. En appliquant à cette hypothèse, la règle relative aux sommes advenues à la femme par succession, ces auteurs assimilent, sans s'en douter, un droit acquis à une simple espérance.

73 Pont, n°s 409 et 775. Poitiers, 14 décembre 1830, Sir., 31, 2, 214. Req. rej., 27 décembre 1859, Sir., 61, 1, 87.

74 Cette proposition est contraire à l'opinion de la plupart des auteurs. Voy. Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, II, 677 ; Tessier, *De la dot*, II, 134 ; Benech, *De l'emploi et du remploi*, p. 219 et 250 ; Troplong, II, 589 *bis* ; Pont, *Revue critique*, 1852, II, p. 386, et *Des hypothèques*, n° 767 ; Zachariæ, § 264,

Il en est ainsi, non-seulement lorsque l'aliénation de ces immeubles a été permise par le contrat de mariage sans aucune con-

note 29. Voy. aussi dans ce sens : Req. rej., 27 juillet 1826, Sir., 27, 1, 246; Toulouse, 12 juin 1860, Sir., 60, 2, 545 ; Civ. rej., 26 mai 1865, Sir., 65, 1, 345. Pour établir que l'hypothèque compétant à la femme mariée sous le régime dotal, à raison du remploi de ses biens dotaux, remonte à la date du mariage, on dit que l'al. 3 du n° 2 de l'art. 2135, qui parle de *propres aliénés*, ne peut s'appliquer qu'à la femme commune en biens, et qu'ainsi, sous le régime de la dot, l'aliénation d'un immeuble dotal demeure réglée par le premier aliéna de ce numéro. A notre avis, cet argument de texte n'a aucune portée. En admettant, ce qui serait contestable, que le terme *propres* fût absolument inapplicable à des immeubles dotaux proprement dits, tout ce que la logique permettrait d'en conclure, c'est que l'art. 2135 est muet sur le remploi de pareils biens ; mais il n'en résulterait, en aucune façon, que ce remploi rentre dans ce que le 1er alinéa du n° 2 appelle *la dot et les conventions matrimoniales*. A côté de cet argument de texte, on fait valoir un raisonnement de principe ou de doctrine, qui se résume ainsi : la dot est une charge qui grève le mari dès l'instant du mariage ; quand elle se transforme par l'aliénation des immeubles dotaux, cette transformation même est un acte de la gestion conférée au mari par le contrat de mariage ; d'où la conséquence que l'hypothèque pour les sommes qui remplacent la dot primitive, ne saurait avoir un autre point de départ que celui de la gestion même. Ce raisonnement prouve beaucoup trop, et va directement contre la loi telle qu'elle est faite. Le mari est, sous le régime de la communauté, chargé de l'administration des biens propres de la femme, comme il l'est sous le régime dotal quant aux biens dotaux ; il est tenu de les conserver et de les rendre à la dissolution de la communauté. Ses obligations, à cet égard, sont les mêmes que celles qui lui incombent sous le régime dotal ; elles remontent au jour du mariage, et sont le corollaire des droits et des pouvoirs que les conventions matrimoniales lui attribuent. Cela est plus évident encore sous le régime exclusif de communauté, où tous les immeubles de la femme sont dotaux. Si donc il était vrai de dire, sous le régime dotal, que la transformation d'un immeuble dotal en une somme d'argent est un acte qui doit être garanti par une hypothèque remontant au jour du mariage, la proposition s'appliquerait par les mêmes raisons, à l'aliénation des immeubles de la femme commune en biens, ou mariée sous le régime exclusif de communauté. Or, la loi décide précisément le contraire quant à l'aliénation des propres, et personne, que nous sachions, ne conteste que la disposition est applicable à l'aliénation des immeubles de la femme mariée sans communauté. Vainement enfin se prévaut-on, pour justifier la position particulière et exceptionnelle que l'on veut faire à la femme mariée sous le régime dotal, du principe de l'inaliénabilité de la dot : ce principe, en vertu duquel la femme jouit d'une action en nullité ou en révocation, toutes les fois que ses immeubles dotaux ont été vendus illégalement, ou que la condition de remploi à laquelle l'aliénation était subordonnée n'a pas été accomplie, ne touche en rien à la question qui nous occupe. La femme, en effet, ne devenant créancière de son mari que par l'aliénation des

dition de remploi, mais dans le cas même où elle n'a été autorisée qu'à charge de remploi[75]. A plus forte raison en serait-il ainsi, s'il s'agissait d'immeubles que le contrat de mariage n'avait pas déclarés aliénables[76]. La règle posée par l'al. 3 du n° 2 de l'art. 2135, ne doit recevoir exception que dans le cas où le contrat de mariage a conféré au mari, le pouvoir de vendre les immeubles dotaux sans le concours de la femme, et à charge de remploi[77].

immeubles dotaux, aliénation qui, en règle, exige son concours, la question est toujours de savoir si l'hypothèque légale pour sûreté des sommes provenant de ventes auxquelles elle a donné les mains, peut et doit remonter à une époque antérieure à leur passation. Quant à notre opinion, elle se fonde sur la *ratio legis*, qui nous paraît décisive : empêcher que la femme ne puisse, en consentant à l'aliénation de ses propres, anéantir ou paralyser, par l'effet de son hypothèque légale pour le prix de vente, des hypothèques antérieurement acquises sur les biens du mari, et prévenir ainsi les combinaisons frauduleuses concertées au préjudice de créanciers légitimes, tel est le motif qui a déterminé les rédacteurs du Code à limiter à la date des aliénations, l'hypothèque de la femme pour remploi de ses immeubles, en répudiant sur ce point la tradition de l'ancienne jurisprudence. Or, ce motif, d'une légitimité et d'une utilité pratique incontestables, repousse toute distinction entre les différents régimes matrimoniaux, et nous donne la certitude que ce n'est pas une disposition particulière aux femmes communes en biens, mais une règle générale, applicable à toutes les femmes mariées indistinctement, que l'on a entendu consacrer par l'al. 3 du n° 2 de l'art. 2135. Voy. dans le sens de notre opinion : Duranton, XX, 31; Massé, *Observations*, Sir., 54, 1, 11, à la note ; Caen, 7 juillet 1851, Sir., 52, 2, 92 ; Agen, 10 juin 1859, Sir., 59, 2, 341.

[75] C'est à cette hypothèse précisément que s'applique l'arrêt de Caen cité à la note précédente.

[76] Sur ce point, M. Rodière (*Contrat de mariage*, II, 678) et M. Pont (n° 770) se séparent des autres auteurs cités en tête de la note 74 *supra*, et enseignent, comme nous, que l'hypothèque ne remonte qu'à la date des aliénations. Ils ont compris que l'opinion contraire est en opposition trop manifeste avec l'esprit dans lequel a été rédigé le 2e alinéa de l'art. 2135, pour qu'il soit possible de l'admettre. Mais en disant, pour justifier cette concession, qu'il ne saurait être permis à la femme d'invoquer et de repousser au même moment le système de la dotalité, ils en donnent une explication qui n'est rien moins que satisfaisante, et qui ne présente même pas à l'esprit une idée bien nette.

[77] Il s'agit alors d'un acte auquel la femme n'a pu s'opposer, et en raison duquel elle doit par cela même jouir de la garantie de l'hypothèque légale dans toute son étendue. Req. rej., 27 juillet 1826, Sir., 27, 1, 246. C'est à tort que les partisans de l'opinion que nous avons combattue à la note 74 *supra*, invoquent cet arrêt comme ayant décidé en principe que l'hypothèque de la femme dotale, pour le remploi de ses immeubles dotaux, remonte au jour du mariage. Dans

L'hypothèque attachée aux répétitions que la femme contractuellement séparée de biens, ou mariée sous le régime dotal, peut avoir à former contre le mari, à raison de sommes extra-dotales ou paraphernales par lui touchées, remonte au jour du mariage, lorsque l'administration des biens de la femme a été confiée au mari par une clause du contrat de mariage[78]. Si, au contraire, il avait opéré ces recouvrements en vertu d'un mandat donné par la femme pendant le mariage seulement, ou sans pouvoir exprès de sa part, l'hypothèque s'arrêterait à la date du mandat ou des recouvrements.

L'hypothèque de la femme séparée de biens, ou mariée sous le régime dotal, pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec le mari, ou pour le remploi de ses immeubles paraphernaux aliénés, date du jour des obligations, ou des actes d'aliénation, et non pas seulement du jour où la femme a acquitté ces obligations, ou de celui auquel le mari a touché les prix de vente[79].

l'espèce sur laquelle il est intervenu, la femme avait donné, par le contrat de mariage, mandat au mari de vendre ses immeubles dotaux, et l'un des considérants de l'arrêt appuie spécialement sur cette circonstance. Voy. dans le même sens : Grenoble, 6 janvier 1831, Sir., 32, 2, 200 ; Grenoble, 14 décembre 1863, *Journal de Grenoble et de Chambéry*, 1863, p. 393.

[78] Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*. Pont, n° 772. Civ. cass., 4 février 1868, Sir., 68, 1, 813. Voy. en sens contraire: Grenier, I, 232 ; Troplong, II, 590. Ces auteurs soutiennent que, dans le cas même où l'administration des paraphernaux a été confiée au mari par une clause du contrat de mariage, l'hypothèque de la femme, pour les sommes paraphernales par lui touchées, ne remonte qu'à la date des recouvrements. Ils se fondent sur ce que l'hypothèque ne peut précéder l'obligation personnelle, et sur ce que l'obligation personnelle du mari ne date que du jour des versements faits entre ses mains. Mais ce motif, énoncé d'une manière équivoque, est en opposition manifeste avec le principe posé, tant par l'al. 1er du n° 2, que par le n° 1 de l'art. 2135. D'ailleurs, dans l'hypothèse dont il s'agit, il y a pour le mari, du jour du mariage, obligation de gérer les biens paraphernaux de la femme, et de rendre compte de sa gestion : or, c'est cette obligation générale, bien plus que tel ou tel acte de gestion en particulier, qui se trouve garantie par l'hypothèque légale à compter du jour du mariage. La position de la femme est, sous ce rapport, la même que relativement à ses créances dotales recouvrées par le mari.

[79] Arg. art. 2135, n° 2, al. 3. Pont, n° 773. Toulouse, 7 avril 1829, Sir., 30, 2, 31. Montpellier, 13 décembre 1833, Sir., 34, 2, 359. Civ. cass., 27 avril 1852, Sir., 52, 1, 40. Paris, 7 mai 1853, Sir., 53, 2, 351. La proposition énoncée au texte ne peut faire difficulté quant à l'hypothèque pour remploi d'immeubles paraphernaux ou extra-dotaux, dès que l'on admet que l'art. 1450 con-

Lorsque, dans un ordre ouvert sur le mari pour la distribution d'un ou de plusieurs immeubles, la femme a été colloquée en ordre utile pour la totalité de ses apports et de ses reprises, elle n'est plus admise à faire valoir ultérieurement son hypothèque sur d'autres immeubles, du chef de sa dot ou des conventions matrimoniales, et à la date du mariage. Il en est ainsi, bien qu'en fait la collocation ne lui ait pas profité personnellement, mais à un créancier du mari, envers lequel elle s'était obligée avec ce dernier, et qui, par suite, a été colloqué en sous-ordre sur elle. En pareil cas, elle ne peut exercer son hypothèque pour l'indemnité qui lui est due à raison de l'obligation en vertu de laquelle le créancier du mari a été colloqué en sous-ordre, qu'à la date de cette obligation[80].

7° *Des renonciations ou subrogations à l'hypothèque légale des femmes mariées, et de l'extinction de cette hypothèque.*

La femme mariée peut, en général, et à moins qu'elle ne soit soumise au régime dotal, et qu'il ne s'agisse de ses droits dotaux, renoncer à son hypothèque légale ou y subroger, avec l'autorisation du mari ou celle de la justice. Tout ce qui est relatif à ces renonciations ou subrogations, sera exposé au § 288 *bis*. Nous nous bornerons à faire remarquer que les art. 2144 et 2145, relatifs à la restriction de l'hypothèque légale sur la demande et dans l'intérêt du mari, ne sont pas applicables aux renonciations consenties par la femme, quoique de concert avec ce dernier, mais en faveur de ses créanciers ou des acquéreurs de ses biens[81]. Il en

tient une disposition générale, applicable à l'aliénation de pareils biens. Cpr. § 532, texte et note 3; § 541, texte et note 11. D'après cet article, en effet, le mari devient garant du remploi par le fait même de son concours à l'acte d'aliénation.

[80] La raison en est que la femme est censée avoir reçu le remboursement de ses apports et de ses reprises, par cela même qu'elle a été utilement colloquée pour le montant de ses droits. Dans le système contraire, la disposition de l'al. 3 du n° 2 de l'art. 2135, qui fixe à la date des obligations seulement, le rang de l'hypothèque légale pour l'indemnité des dettes contractées par la femme avec son mari, deviendrait illusoire. Paris, 3 décembre 1838, *Journal du Palais*, 1839, 2e part., p. 617. Bourges, 30 juillet 1855, Sir., 55, 2, 586.

[81] Troplong, II, 643 *bis*. Duranton, XX, 72. Pont, nos 454 et 543. Zachariæ, § 264, note 23. Civ. cass., 12 février 1811, Sir., 11, 1, 157. Metz, 13 juillet 1820, Sir., 21, 2, 176. Req. rej., 2 janvier 1822, Sir., 23, 1,

est ainsi, dans le cas même où, la femme n'ayant contracté aucun engagement personnel envers le créancier ou l'acquéreur au profit duquel doit avoir lieu la renonciation, elle n'a pas d'intérêt à l'acquittement des engagements pris par le mari[82].

Indépendamment des causes ordinaires ou communes d'extinction des hypothèques, l'hypothèque légale de la femme peut s'éteindre, au préjudice de ses héritiers, par suite d'une novation particulière résultant de la liquidation et du règlement, même simplement fictif, de ses droits et reprises. C'est ce qui a lieu lorsque, le mari étant usufruitier de la fortune de la femme, par contrat de mariage ou par testament, les héritiers de celle-ci laissent entre ses mains, après décompte et liquidation, le montant des reprises de la femme[83]. Cependant il est permis aux parties, pour maintenir l'hypothèque légale, de convenir que les sommes ou valeurs ainsi liquidées resteront entre les mains du mari au même titre qu'auparavant, et non pas seulement à titre d'usufruit. Une pareille convention peut s'induire de la clause portant que les héritiers se réservent tous leurs droits, priviléges et hypothèques, sans novation[84].

148. Civ. rej., 28 juillet 1823, Sir., 23, 1, 414. Nancy, 24 janvier 1825, Sir., 25, 2, 84. Lyon, 13 avril 1832, Sir., 32, 2, 492. Paris, 28 août 1844, Sir., 44, 2, 540.

82 Voy. les auteurs cités à la note précédente. Bordeaux, 7 avril 1834, Sir., 34, 2, 358. Lyon, 21 décembre 1840, Sir., 41, 2, 268. Req. rej., 30 juillet 1845, Sir., 45, 1, 711. Douai, 20 mars 1851, Sir., 51, 2, 481. Voy. cep. Req. rej., 9 janvier 1822, Sir., 23, 1, 148; Paris, 11 décembre 1834, Sir., 35, 2, 14.

83 En pareil cas, il s'opère, en effet, novation dans le titre de l'obligation du veuf, qui, débiteur jusqu'alors en qualité de mari, n'est plus désormais soumis qu'à une obligation de restitution comme usufruitier. Pont, n° 441. Eyssautier, *Journal de Grenoble et Chambéry*, 1866, p. 383, à la note. Grenoble, 28 décembre 1833, Sir., 34, 2, 397. Civ. rej., 3 décembre 1834, Sir., 35, 1, 51. Paris, 15 janvier 1836, Sir., 36, 2, 158. Civ. cass., 15 novembre 1837, Sir., 38, 1, 124. Paris, 9 mars 1844, et Douai, 21 août 1844, Sir., 44, 2, 497. Douai, 4 mai 1846, Sir., 46, 2, 470. Grenoble, 4 janvier 1854, Sir., 54, 2, 741. Bourges, 6 mars 1855, Sir., 55, 2, 353. — Voy. cep. pour le cas où les héritiers de la femme sont des enfants mineurs, placés sous la tutelle de leur père, usufruitier de partie de leur fortune maternelle : § 264 *bis*, texte et note 23.

84 Req. rej., 27 novembre 1855, Sir., 56, 1, 534. Cpr. Grenoble, 4 janvier 1854, Sir., 54, 2, 741.

§ 264 *quater*.

3. *De l'hypothèque légale établie au profit de certaines personnes morales.*

Les personnes morales qui, d'après l'art. 2121 [1], jouissent d'une hypothèque légale sur les biens de leurs receveurs et administrateurs comptables, sont l'État, les communes et les établissements publics. On doit aujourd'hui placer, à cet égard, les départements sur la même ligne que l'État et les communes [2].

Les établissements publics dont il est question dans l'art. 2121, sont ceux dont les deniers se trouvent rangés, sous le rapport de la gestion et du mode de comptabilité, dans la catégorie des deniers publics. Tels sont les hospices et hôpitaux, les bureaux de bienfaisance et les monts de piété [3].

Il faut, quant à l'application de l'art. 2121, se garder de confondre, avec les *établissements publics* proprement dits, les institutions et les associations d'ordre privé, dont l'existence, comme personnes morales, a été autorisée à titre d'*établissements d'utilité publique*. Ces personnes morales, parmi lesquelles se rangent notamment les caisses d'épargnes et les sociétés de secours mutuels, ne jouissent d'aucune hypothèque légale sur les biens de leurs receveurs ou caissiers [4].

D'un autre côté, les institutions ecclésiastiques établies par la loi, tels que les chapitres cathédraux ou collégiaux, les séminaires et les fabriques d'église, quoique pouvant à certains égards être considérés comme des établissements publics, n'ont cependant pas d'hypothèque légale sur les biens de leurs receveurs ou trésoriers,

[1] La disposition de cet article s'applique également aux agents comptables de la liste civile et de la dotation de la Couronne. Avis du Conseil d'État des 13-25 février 1808. Cpr. § 263 *bis*, note 15.

[2] Cpr. § 54, texte et note 3 ; § 170, texte et note 1re ; décret du 31 mai 1862, portant règlement général sur la comptabilité publique, art. 1er.

[3] Cpr. Décret du 31 mai 1862, art. 1er, et 547 à 585.

[4] Voy. dans le sens de la solution donnée au texte, en ce qui concerne spécialement les caisses d'épargnes : Lamache, *Revue critique*, 1861, XVIII, p. 385; Civ. rej., 5 mars 1856, Sir., 56, 1, 517 ; Civ. cass., 8 juillet 1856, Sir., 56, 1, 878. Voy. en sens contraire : Pont, n° 505.

par le motif que ces derniers ne sont pas des comptables de deniers publics, auxquels seuls s'applique l'art. 2121[5].

Les expressions *receveurs ou administrateurs comptables*, dont se sert l'art. 2121, comprennent tous les fonctionnaires qui, chargés à titre de receveur, de caissier, de payeur, ou sous toute autre dénomination, d'une gestion de deniers, sont directement comptables envers la personne morale à laquelle ces deniers appartiennent. On ne doit y comprendre, ni les fonctionnaires ou administrateurs qui n'ont aucun maniement de fonds, tels que les ordonnateurs, inspecteurs, vérificateurs, ou contrôleurs[6], ni les comptables en matières[7], ni même les percepteurs de contributions directes, qui, simples préposés des trésoriers-payeurs généraux, ne rendent pas directement compte au Trésor[8].

L'hypothèque légale, accordée à l'État, aux départements, aux communes, et aux établissements publics, est, aux termes de l'art. 2122, une hypothèque générale, qui s'étend à tous les biens présents et à venir des comptables.

Toutefois, la généralité de l'hypothèque légale conférée à l'État, a été modifiée par les art. 4 et 5 de la loi du 5 septembre 1807, en ce sens que les biens acquis à titre onéreux par les comptables, postérieurement à leur nomination, sont soumis au profit de l'État, non à l'hypothèque générale de l'art. 2121, mais à un privilége

[5] Cette solution ne nous paraît pas susceptible d'une controverse sérieuse en ce qui concerne les chapitres cathédraux ou collégiaux et les fabriques d'église, dont les trésoriers sont nommés par l'autorité ecclésiastique. Voy. en ce sens, pour les trésoriers de fabriques : Gaudry, *De l'administration des cultes;* Trib. de Langres, 10 mars 1864, Sir., 64, 2, 306. Voy. cep. en sens contraire : Affre, *Administration temporelle des paroisses,* p. 105 ; Carré, *Gouvernement des paroisses,* n° 482 ; de Champeaux, *Droit ecclésiastique,* I, p. 421. La question peut paraître plus délicate pour les séminaires, en ce sens que les trésoriers de ces établissements sont nommés par le ministre des cultes. Décret du 6 novembre 1813, art. 62. Mais, malgré cette circonstance, nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de distinguer entre ces trésoriers et ceux des autres établissements ecclésiastiques, puisque les uns pas plus que les autres ne sont soumis, pour le jugement de leurs comptes, à la juridiction administrative, ce qui indique qu'ils ne sont pas considérés comme comptables de deniers publics. Aussi le décret du 31 mai 1862 n'en fait-il pas mention.

[6] Tarrible, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 4, n° 4. Grenier, I, 287. Troplong, I, 430. Zachariæ, § 264, texte et note 39.

[7] Voy. § 263 *bis,* texte I, lett. *d,* note 18.

[8] Voy. § 263 *bis,* texte I, lett. *d,* note 17.

spécial, privilége qui, pour sa complète efficacité, doit être conservé par une inscription prise dans les deux mois de l'enregistrement des actes d'acquisition[9].

Une autre hypothèque légale, qui se rattache à celle dont jouit l'État, est l'hypothèque que l'art. 23, tit. XIII, de la loi des 6-22 août 1791 accorde à la régie des douanes sur les immeubles des redevables de droits, pour le paiement du montant des soumissions faites dans la forme prescrite par cet article[10].

B. *De l'hypothèque judiciaire*[1].

§ 265.

L'hypothèque judiciaire est une garantie légale, destinée à assurer l'exécution des jugements[2], et de certains autres actes judi-

[9] Cpr. § 263 *bis*, texte I, lett. *d*.

[10] M. Valette (*Revue de Droit français et étranger*, 1847, IV, p. 841) a émis transitoirement l'opinion, que l'hypothèque dont il est question au texte, a été abrogée par l'art. 56 de la loi du 11 brumaire an VII. Cette opinion serait exacte, sans doute, si l'hypothèque mentionnée dans l'art. 23, titre XIII, de la loi des 6-22 août 1791 devait être considérée comme une hypothèque conventionnelle, attachée, en vertu des anciens principes encore en vigueur lors de la promulgation de cette loi, à la forme authentique des soumissions souscrites par les redevables. Mais il n'en est point ainsi : cette hypothèque est une véritable hypothèque légale, parce qu'elle est directement établie par la loi, et qu'elle porte non-seulement sur les biens des redevables, mais encore sur ceux des comptables, et que, sous ce dernier rapport, il n'est pas possible d'admettre l'explication donnée par notre savant collègue. Ceci posé, on doit en conclure, conformément à la règle *Legi speciali per generalem non derogatur*, que l'hypothèque qui nous occupe n'a été abrogée, ni par la loi du 11 brumaire an VII, ni par le Code Napoléon.

[1] Cpr. sur cette matière : *Dissertation* par Valette, *Revue de Droit français et étranger*, 1849, VI, p. 912 et 972.

[2] L'hypothèque judiciaire, toute différente du *pignus prætorium*, et du *pignus judiciale* des Romains, est une création du Droit français. Ordonnance de Villers-Cotterets d'août 1539, art. 92 et 93. Ordonnance de Moulins de 1566, art. 53. Admise comme conséquence ou corollaire forcé de l'hypothèque tacite et générale qui, d'après les principes de notre ancien Droit, dérivait de toute obligation contractée devant notaire, l'hypothèque judiciaire avait été maintenue par l'art. 4 de la loi du 11 brumaire an VII, mais seulement comme hypothèque spéciale, grevant les biens présents du débiteur. Aujourd'hui que l'hypothèque conventionnelle, soumise à la règle de la spécialité, ne peut plus résulter que d'une constitution expresse faite dans la forme prescrite par la loi, l'hypothèque judi-

ciaires. Art. 2123, al. 1, cbn. 2117, al. 2[3].

1° *Des juridictions dont les actes sont susceptibles d'emporter hypothèque judiciaire.*

L'hypothèque judiciaire n'est, en principe, attachée qu'aux jugements et actes judiciaires émanés d'une juridiction française. Mais de pareils actes ou jugements la produisent au profit d'étrangers, aussi bien qu'en faveur de Français[4].

Les jugements rendus à l'étranger par les consuls français emportent l'hypothèque judiciaire, comme les jugements rendus en France par une juridiction française[5].

Les décisions émanées de juges étrangers ne produisent hypothèque sur les immeubles situés en France, qu'autant que cet

ciaire, à laquelle sa base historique fait défaut, ne saurait s'expliquer que par l'intérêt d'ordre public qui s'attache à l'exécution des décisions judiciaires. A notre avis, ce motif ne suffit pas à justifier le principe de cette hypothèque. Que la loi assure, par tous les moyens possibles, l'exécution des jugements à l'encontre des débiteurs eux-mêmes, rien de plus juste et de plus important; mais il ne nous paraît ni juridique, ni utile, de favoriser le créancier qui le premier a obtenu un jugement contre le débiteur commun, en lui accordant, au détriment des autres créanciers, un droit de préférence sur la généralité de ses immeubles. En tout cas, et quelle que soit l'opinion que l'on se forme, au point de vue de la théorie, sur l'hypothèque judiciaire, on doit reconnaître que les rédacteurs du Code ont, sans nécessité, sacrifié le principe de la spécialité, en laissant aux parties la facilité d'établir des hypothèques générales au moyen de contrats conclus en justice, et que l'hypothèque judiciaire, avec son caractère de généralité, et avec la possibilité de la faire naître en quelque sorte à volonté, présente, sous plus d'un rapport, des dangers et des inconvénients réels. Cpr. note 25 *infra*. Voy. les documents hypothécaires publiés par le gouvernement en 1841, et le projet de réforme hypothécaire présenté à l'Assemblée nationale en 1849, avec les rapports et les discussions y relatifs. Nous ajouterons que l'hypothèque judiciaire a été entièrement supprimée en Belgique. Voy. loi du 16 décembre 1851; et Martou, II, 698 et suiv.

[3] Ce n'est pas sans raison que l'art. 2117 emploie l'expression *actes judiciaires*, cumulativement avec celle de *jugements*. Il est, en effet, des actes émanés de la justice, qui, sans avoir le caractère de jugements proprement dits, n'en emportent pas moins l'hypothèque judiciaire. Telles sont notamment les ordonnances dont il est question aux art. 191 et 403 du Code de procédure.

[4] Cpr. § 78, texte et notes 55 et 56.

[5] *Non obstat* art. 2123, al. 4: Voy. Code de procédure, art. 546. D'Héricourt, *De la vente des immeubles*, chap. II, sect. II, n° 30. Troplong, II, 452, Pont, n° 583.

effet y est attaché par des traités diplomatiques, ou qu'elles ont été déclarées exécutoires par un tribunal français[6].

Les sentences arbitrales, rendues en France et par des arbitres français, n'emportent l'hypothèque judiciaire, qu'à la condition d'avoir été au préalable revêtues de l'ordonnance d'exécution, conformément aux art. 1020 et 1021 du Code de procédure civile, et ne peuvent jusque-là servir de base à une inscription hypothécaire[7]. Quant aux sentences arbitrales rendues à l'étranger et par des arbitres étrangers, elles n'emportent hypothèque judiciaire, qu'autant qu'elles ont été revêtues de l'ordonnance d'exécution dont il vient d'être parlé, ou qu'elles ont été rendues exécutoires par un tribunal français, suivant la distinction qui sera établie à ce sujet au § 769 *bis*.

L'hypothèque judiciaire est indépendante du caractère particulier ou de la mission spéciale de telle ou telle juridiction.

Elle peut résulter des jugements émanés de tribunaux civils d'exception[8], et de juridictions administratives[9] ou de justice répressive, tout aussi bien que des jugements rendus par les tribunaux civils ordinaires.

2° *Des jugements et actes qui emportent hypothèque judiciaire.*

a. Cette hypothèque n'est pas indistinctement attachée à tous les actes judiciaires qui établissent ou constatent des obligations. Les jugements proprement dits, c'est-à-dire les décisions rentrant dans l'exercice de la juridiction contentieuse, et les ordonnances qui, prononçant des condamnations, doivent leur être assimilées, sont seuls susceptibles de la conférer.

[6] Cpr. sur les effets des jugements émanés de juges étrangers, et sur la mission des tribunaux français, en ce qui concerne l'exécution de pareils jugements : § 769 *bis*. Voy. aussi : Pont, nos 585 et 586.

[7] Zachariæ, § 265, texte et note 9. Battur, II, 332. Grenier, I, 203. Req. rej., 25 prairial an XI, Sir., 3, 1, 303.

[8] Par exemple des sentences rendues par des juges de paix, des tribunaux de commerce, ou des conseils de prudhommes. Zachariæ, § 265, texte et note 2. Cpr. Valette, *op. cit.*, p. 924.

[9] Loi du 29 floréal an X, art. 4. Avis du Conseil d'État des 16-25 thermidor an XII, et des 12 novembre 1811-24 mars 1812, IV, B. 429, no 7899. Grenier, I, 9. Battur, II, 322. Troplong, II, 447. Pont, no 580. Zachariæ, § 265, texte et note 8. Rouen, 22 mai 1818, Sir., 18, 2, 230.

Ainsi, l'hypothèque judiciaire ne résulte, ni des actes de soumission de caution faits au greffe[10], ni des bordereaux de collocation délivrés dans un ordre[11], ni des procès-verbaux dressés par les juges de paix en bureau de conciliation, encore que ces procès-verbaux contiennent des aveux, des conventions, ou des reconnaissances de signature[12], ni des jugements portant nomination de curateurs à succession vacante, de conseils judiciaires, ou d'administrateurs provisoires[13], ni enfin des jugements d'adjudication sur expropriation forcée[14].

10 Persil, *Quest.*, I, p. 278. Troplong, II, 441. Valette, *op. cit.*, p. 972, n° 7. Pont, n° 588. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 158; Duranton, XIX, 337.

11 Troplong, II, 442 *quater*. Duranton, XIX, 337 *bis*. Pont, n° 588. Grenoble, 28 mai 1831, Sir., 32, 2, 95. Paris, 10 août 1850, Dalloz, 1851, 2, 173. Cpr. Bordeaux, 30 avril 1840, Dalloz, 1841, 2, 15.

12 *Discussion au Conseil d'État*, sur l'art. 2123 (Locré, *Lég.*, XVI, p. 253 et 254, n° 7). Code de procédure, art. 54, al. 2. *Discussion au Conseil d'État* et *Observations du Tribunat* sur cet article (Locré, *Lég.*, XXI, p. 252, n° 9, et p. 399, n° 32). Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 2, art. 4, n° 1. Grenier, I, 202. Rauter, *Cours de procédure*, § 168. Battur, II, 328. Troplong, I, 448. Valette, *op. cit.*, p. 973. Pont, *loc. cit.* Zachariæ, § 265, notes 2 et 12. Cpr. Civ. cass., 22 décembre 1806, Sir., 7, 1, 110.

13 Ces jugements ne sont que des actes de juridiction gracieuse, auxquels ne s'applique pas le motif qui a fait admettre l'hypothèque judiciaire. Ils ne contiennent d'ailleurs en eux-mêmes aucun germe ou principe de condamnation. Ce n'est point, en effet, de ces jugements, mais du fait subséquent de la gestion que procédera, pour le curateur ou l'administrateur provisoire, l'obligation de rendre compte, obligation qui, en cas de contestation, devra être déclarée par un nouveau jugement. Persil, sur l'art. 2123, n° 13. Troplong, I, 440. Valette, *op. cit.*, p. 976 et 977. Pont, n° 575. Cpr. aussi : Bordeaux, 25 mars 1834, Sir., 34, 2, 373. Voy. en sens contraire : Paris, 12 décembre 1833, Sir., 34, 2, 103. — Nous ferons remarquer que si, aux termes de l'art. 34 de la loi du 30 juin 1838, le tribunal peut, en nommant un administrateur provisoire à l'individu placé dans un établissement d'aliénés, constituer sur ses biens une hypothèque générale ou spéciale, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, cette disposition tout exceptionnelle, loin de contredire le principe posé au texte, vient au contraire le confirmer. Cpr. § 264 *bis*, note 3.

14 Ces jugements encore ne sont que des actes de juridiction gracieuse quant à l'adjudicataire, et en tant qu'il s'agit de la vente elle-même. Ils ne contiennent de condamnation que contre le débiteur saisi, et ne peuvent, par conséquent, conférer au poursuivant hypothèque sur les biens de l'adjudicataire. Rauter, *Cours de procédure*, § 308. Persil, sur l'art. 2123, n° 11. Grenier, I, 200. Troplong, I, 441. Valette, *op. cit.*, p. 978. Pont, n° 577. — Le jugement d'adjudication

Aux termes de l'avis du Conseil d'État des 16-25 thermidor an XII, les contraintes décernées par les autorités administratives, dans les cas et pour les matières de leur compétence, sont assimilées à des jugements de condamnation, et emportent à ce titre hypothèque judiciaire[15].

b. La forme et le caractère particulier des jugements sont sans influence sur l'hypothèque judiciaire. Cette hypothèque résulte des jugements par défaut, ou provisoires, aussi bien que des jugements contradictoires, ou définitifs. Art. 2123, al. 1. Elle est attachée aux jugements passés d'accord entre les parties (*jugements convenus ou d'expédient*), comme aux décisions rendues à la suite de contestations sérieuses[16].

n'engendrerait même pas d'hypothèque judiciaire, au cas où il aurait été stipulé, dans le cahier des charges, que le poursuivant serait autorisé à prendre inscription, sur les biens de l'adjudicataire, pour sûreté du prix et des charges : une pareille clause serait à considérer comme non avenue. Arg. art. 2115 et 2116 cbn. 2123 et 2127. Limoges, 3 mars 1854, Sir., 54, 2, 316.

15 Voy. aussi : avis du Conseil d'État des 29 octobre-12 novembre 1811. Ce dernier avis, qui concerne spécialement les contraintes décernées par l'administration des douanes, se réfère à celui des 16-25 thermidor an XII, comme établissant une règle commune à toutes les contraintes émanées des administrateurs auxquels la loi accorde le pouvoir d'en décerner. C'est donc à tort que la Cour de cassation (Civ. rej., 28 janvier 1828, Sir., 28, 1, 126) n'a voulu y voir qu'une disposition exceptionnelle ; nous nous associons pleinement à la critique que MM. Valette et Sérigny ont fait de cet arrêt. Voy. dans le sens de la proposition énoncée au texte : Valette, *Revue de Droit français et étranger*, 1847, IV, p. 832 ; Foucart, *Droit administratif*, II, 951, 1005, 1051 et 1207 ; Sérigny, *Revue critique*, 1856, IX, p. 554 ; Pont, n° 581 ; Lyon, 7 août 1829, Sir., 29, 2, 339. — L'avis du Conseil d'État des 16-25 thermidor an XII s'applique-t-il aux actes, qualifiés de contraintes, que les receveurs particuliers sont chargés de délivrer pour le recouvrement des contributions directes? Voy. pour l'affirmative : Valette, *op. cit.*, p. 835 ; Foucart, *op. cit.*, p. 951 ; et pour la négative : Sérigny, *op. cit.*, p. 559 ; Durieu, *Des poursuites en matière de contributions directes*, I, p. 466. Cette dernière solution nous paraît préférable. Les actes dont s'agit n'étant pas dirigés contre les contribuables eux-mêmes, et ne renfermant qu'une injonction aux agents chargés de la poursuite, ne sauraient être considérés comme de véritables contraintes administratives.

16 Cpr. § 419. Battur, II, 324. Persil, sur l'art. 2123, n° 11. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 161. Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 5, n° 2. Pont, n° 577. Zachariæ, § 265, note 7. Toulouse, 30 août 1842, Sir., 45, 2, 545. Civ. cass., 6 janvier 1845, Sir., 45, 1, 188. Cpr. Bruxelles, 9 janvier 1807, Sir., 7, 2, 332.

D'un autre côté, les vices ou nullités dont un jugement peut être entaché, n'empêchent pas qu'il ne confère hypothèque, et n'autoriseraient pas le conservateur, quelque apparents qu'ils fussent, à refuser l'inscription requise par le créancier. Il en est ainsi, même des jugements rendus par un juge incompétent *ratione materiæ*, ou dont la compétence, restreinte à une certaine somme, n'aurait pas été valablement prorogée [17]. Mais il est bien entendu que le sort de l'hypothèque resté subordonné à celui du jugement même, et qu'elle ne se trouvera définitivement et irrévocablement acquise, que lorsque le jugement ne sera plus susceptible d'être rétracté, réformé, annulé, ou cassé.

c. L'hypothèque judiciaire suppose, comme toute autre hypothèque, une obligation à l'acquittement de laquelle elle serve de garantie. Mais il n'est pas nécessaire, pour qu'un jugement confère hypothèque, qu'il contienne une condamnation actuelle et déterminée : il suffit qu'en déclarant ou reconnaissant, à la charge de l'une des parties, l'existence d'une obligation appréciable en argent [18], il contienne, au profit de l'autre, le germe ou le principe d'une condamnation future ou éventuelle [19].

[17] Le conservateur des hypothèques n'est pas juge de la validité des titres en vertu desquels l'inscription est requise ; et l'inscription restera efficace, si la décision n'est pas annulée ou cassée par suite de l'exercice de l'un des recours ordinaires ou extraordinaires admis contre les jugements. Persil, sur l'art. 2123, n° 6. Grenier, I, 197. Pont, n° 578. Toulouse, 24 février 1821, Sir., 21, 2, 273. — Merlin (*Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 2, art. 4) et M. Troplong (II, 445), tout en admettant la proposition émise au texte pour le cas où la compétence du juge eût pu être valablement prorogée, enseignent que le jugement entaché d'une incompétence absolue et non susceptible d'être écartée par l'accord des parties, n'engendre pas d'hypothèque judiciaire. Ces auteurs nous paraissent avoir oublié la maxime de notre Droit, *Voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements*. Cpr. § 769, texte n° 1 et note 9 ; Rauter, *Cours de procédure*, §§ 21 et 46.

[18] Il est indifférent que l'obligation soit *ad dandum*, ou *ad faciendum*, ou même *ad non faciendum*. Dans ces deux derniers cas, l'hypothèque garantira le paiement des dommages-intérêts qui seront dus à raison de l'inexécution de l'obligation. Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, art. 5, n° 3. Grenier, I, 201. Troplong, I, 442 *bis*. Zachariæ, § 265, note 3. Req. rej., 4 juin 1828, Sir., 28, 1, 347. Cpr. Req. rej., 5 novembre 1862, Sir., 63, 1, 261.

[19] Pont, n° 574. Zachariæ, § 265, texte et note 4. Req. rej., 31 décembre 1867, Sir., 68, 1, 99. Voy. aussi les autorités citées aux deux notes suivantes.

Il en résulte que l'hypothèque est attachée à tout jugement qui condamne l'une des parties à rendre compte à l'autre de l'exécution d'un mandat, ou d'une gestion[20], et même au jugement qui, après avoir déclaré l'existence d'une société déniée par l'une des parties, en ordonne, dans l'intérêt de l'autre, la liquidation par les soins d'un commissaire ou liquidateur nommé à cet effet[21].

On doit conclure de là, en sens inverse, que l'hypothèque judiciaire ne résulte, ni d'un jugement qui, statuant sur une demande en partage de succession, renvoie les parties devant un notaire pour procéder aux comptes qu'elles pourraient se devoir, à la formation de la masse, et aux autres opérations de liquidation[22], ni d'un jugement qui, après avoir prononcé la dissolution ou la nullité d'une société, se borne à en ordonner la liquidation[23], ni même d'un jugement qui, sur une demande en condamnation à une somme d'argent, renvoie les parties, avant faire droit et sans sien préjuger, devant un arbitre rapporteur[24].

[20] En effet, cette condamnation implique, pour le comptable, l'obligation de payer le reliquat qu'il sera reconnu devoir. Persil, sur l'art. 2123, n° 12. Grenier, I, 201. Duranton, XIX, 337. Pont, n° 574. Civ. rej., 21 août 1810, Sir., 11, 1, 29. Lyon, 11 août 1809, Sir., 12, 2, 400. Paris, 16 mars 1822, Sir., 22, 2, 381. Req. rej., 4 août 1825, Sir., 26, 1, 122. Colmar, 26 juin 1832, Sir., 32, 2, 650. Civ. rej., 16 février 1842, Sir., 42, 1, 714. Voy. en sens contraire : Pigeau, *Procédure civile*, II, p. 398, n° 9 ; Troplong, I, 439; Taulier, VII, p. 242 ; Valette, *op. cit.*, p. 980 et 981.

[21] Un pareil jugement contient encore, contre la partie qui a été actionnée comme détenant les valeurs comprises dans l'actif d'une société dont elle a dénié l'existence, le principe d'une condamnation au profit des autres associés. Montpellier, 7 janvier 1837, Sir., 38, 2, 415. Montpellier, 2 juin 1841, Sir., 42, 2, 65. Req. rej., 23 mars 1868, Sir., 68, 1, 154.

[22] Un pareil jugement ne juge ni ne préjuge l'existence d'aucune créance au profit de l'une des parties contre l'autre. Pont, n° 575. Civ. cass., 18 avril 1855, Sir., 55, 1, 361. Req. rej., 22 février 1864, Sir., 64, 1, 418.

[23] A la différence du jugement qui, en déclarant l'existence d'une société déniée par le défendeur, en ordonne la liquidation, le jugement qui, après avoir prononcé la dissolution ou la nullité d'une société dont l'existence était reconnue par toutes les parties, prescrit, sur leur demande commune, des mesures pour le réglement de leurs intérêts, ne préjuge de condamnation en faveur ni de l'un ni de l'autre des intéressés. Civ. cass., 8 décembre 1857, Sir., 58, 1, 443.

[24] Paris, 26 décembre 1844, Sir., 45, 2, 173. — Cpr. encore sur d'autres jugements qui n'emportent pas hypothèque : Bourges, 31 mars 1830, Sir., 30, 2, 187; Bordeaux, 26 mars 1834, Sir., 34, 2, 373; Req. rej., 17 janvier 1844, Sir., 44, 1, 419 ; Civ. cass., 6 mai 1868, Sir., 68, 1, 391.

L'hypothèque judiciaire garantit l'exécution du jugement, tant pour la condamnation principale qu'il prononce, que pour les condamnations accessoires, en intérêts, dommages-intérêts, et frais.

L'art. 2123 accorde la garantie de l'hypothèque judiciaire, non-seulement aux jugements qui prononcent une condamnation actuelle, ou qui, en constatant l'existence d'une obligation, contiennent le germe d'une condamnation future, mais encore aux simples jugements de reconnaissance ou de vérification de signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé. Pour l'intelligence de cette disposition, il convient de remarquer que le porteur d'un pareil acte est admis à poursuivre en justice la reconnaissance ou vérification de signature, indépendamment de toute demande en condamnation, et même avant l'échéance ou l'exigibilité de l'obligation. Seulement le créancier qui, avant cette époque, a obtenu un jugement de reconnaissance ou de vérification de signature, ne peut, à moins de convention contraire, prendre utilement inscription, qu'à partir du moment où l'obligation est échue ou est devenue exigible. Loi du 23 septembre 1807.

Les jugements de reconnaissance de signature emportent hypothèque, lors même qu'ils ont été rendus, sur comparution volontaire des parties et d'accord entre elles, par un juge de paix dont elles ont prorogé la juridiction[25].

[25] Grenier, I, 202. Troplong, I, 448. Cpr. Civ. cass., 22 décembre 1806, Sir., 7, 1, 110. Voy. en sens contraire : Pont, n° 589. Cet auteur, qui admet avec nous que les jugements passés d'accord engendrent l'hypothèque judiciaire, comme les décisions intervenues après contestation sérieuse, refuse cependant cet effet aux jugements de reconnaissance de signature, rendu par un juge de paix sur comparution volontaire des parties ; et cela, par le double motif, qu'en rendant de pareils jugements, les juges de paix empiétent sur le domaine du notariat, et donnent aux parties un moyen facile d'établir une hypothèque générale, c'est-à-dire de faire indirectement ce que la loi leur défend de faire directement. Mais la solution contraire résulte invinciblement, à notre avis, du texte de l'art. 2123, combiné avec le principe que l'autorité de la chose jugée s'attache aux jugements passés d'accord, aussi bien qu'à ceux qui interviennent après contestation sérieuse. Pour être conséquent avec lui-même, et écarter complétement cette objection, M. Pont aurait dû faire un pas de plus, et refuser l'hypothèque à tout jugement de reconnaissance de signature passé d'accord entre les parties, même devant un tribunal de première instance, et cependant il n'a pas cru pouvoir aller jusque-là. Nous ajouterons que rien ne serait plus facile, si la distinction qu'il propose était exacte, que d'en éluder l'application : il suffirait pour cela de simuler devant le juge de paix une difficulté sur l'époque

3° De la manière dont s'établit l'hypothèque judiciaire; de son étendue quant aux immeubles qui s'y trouvent soumis; et de son rang.

a. L'hypothèque judiciaire résulte de plein droit, c'est-à-dire indépendamment de toute demande formée par la partie intéressée et de toute déclaration du juge, des jugements susceptibles de la produire. Le créancier est admis, pour en assurer l'efficacité, à requérir l'inscription du moment de la prononciation du jugement, sans être tenu de le faire signifier au préalable à partie ou à avoué, ni d'attendre l'expiration du délai durant lequel l'exécution des jugements est suspendue. Il en est ainsi, que le jugement soit contradictoire ou par défaut, et qu'il ait été rendu en premier ou en dernier ressort[26].

b. L'hypothèque judiciaire est générale, comme l'hypothèque légale, et affecte les immeubles à venir du débiteur, aussi bien que ses immeubles présents.

Sous le régime de la communauté, l'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement rendu contre le mari, pendant le mariage, frappe les conquêts, comme ses immeubles propres, non-seulement tant que dure la communauté, mais même après sa dissolution, et malgré son acceptation par la femme, de telle sorte que la portion de conquêts échue au lot de celle-ci reste soumise à cette hypothèque[27]. Il importe peu, à cet égard, que la dette au paiement de

du paiement, pour provoquer un jugement de condamnation avec octroi de termes; et c'est même ainsi que les choses se passent d'ordinaire dans la pratique.

[26] Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 2, art. 3, n°s 2 et 3. Persil, sur l'art. 2123, n°s 33 à 36. Delvincourt, III, p. 295. Grenier, I, 194. Battur, II, 327. Duranton, XIX, 338. Troplong, II, 443 *bis* et *ter*, et 444. Valette, *op. cit.*, p. 926, n° 6. Pont, n° 596. Zachariæ, § 265, notes 6 et 15. Riom, 6 mai 1809, Sir., 10, 2, 39. Bruxelles, 13 décembre 1810, Sir., 11, 2, 321. Civ. rej., 21 mai 1811, Sir., 11, 1, 261. Rouen, 7 décembre 1812, Sir., 13, 2, 367. Req. rej., 19 décembre 1820, Sir., 21, 1, 369. Civ. cass., 29 décembre 1824, Sir., 25, 1, 132. Toulouse, 27 mai 1830, Sir., 31, 2, 50. Civ. rej., 19 juin 1833, Sir., 33, 1, 641. Rouen, 27 mai 1834, Sir., 34, 2, 579. Paris, 23 juillet 1840, Sir., 40, 2, 420. Voy. cep. Riom, 9 avril 1807, Sir., 7, 2, 646; Toulouse, 10 décembre 1824, Sir., 25, 2, 411.

[27] Cette première proposition, qui n'est contestée par aucun auteur, est une conséquence du principe, que tout ce que fait le mari dans les limites de ses pouvoirs, comme chef de la communauté, est censé fait par la femme elle-même, lorsqu'elle l'accepte. Sous ce rapport, l'hypothèque judiciaire doit produire le même effet qu'une hypothèque conventionnelle consentie par le mari.

laquelle le mari a été condamné, ait été contractée avant le mariage[28], et que, dans les rapports des époux entre eux, elle soit restée personnelle à ce dernier. Que s'il s'agissait d'une hypothèque résultant d'un jugement rendu contre le mari antérieurement au mariage, elle s'étendrait bien aux conquêts, en ce sens qu'elle les frapperait pendant la durée de la communauté, et qu'au cas d'aliénation par le mari, ils y resteraient soumis entre les mains des tiers acquéreurs ; mais, après la dissolution et le partage de la communauté, les conquêts tombés au lot de la femme demeurent affranchis de cette hypothèque[29].

L'avantage de l'hypothèque générale s'attache même au jugement qu'aurait provoqué le créancier, porteur d'un titre exécutoire, par lequel le débiteur lui avait conféré une hypothèque spéciale[30],

[28] Cette seconde proposition paraît aussi généralement admise. Elle n'a été contestée, à notre connaissance, que par M. Troplong, qui enseigne (II, 436 *ter*) que l'hypothèque judiciaire, résultant d'une condamnation prononcée contre le mari pendant la durée de la communauté, mais pour une dette antérieure au mariage, cesse de grever, après la dissolution et le partage de la communauté, les conquêts tombés au lot de la femme. L'éminent magistrat, qui s'appuie de Pothier (*De la communauté*, nos 752 à 754), nous semble n'avoir pas exactement saisi la distinction établie par cet auteur, distinction qui s'attache, non à la date de la dette elle-même, mais à celle du jugement de condamnation.

[29] Pothier, *loc. cit.* Delvincourt, III, p. 65. Persil, *Quest.*, vo Hypothèque judiciaire, § 4. Troplong, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Toullier, XIII, 263 ; Duranton, XIX, 498 ; Valette, *op. cit.*, p. 991 ; Pont, no 593. Il est vrai que les biens de la communauté sont, à l'égard des tiers, censés former partie intégrante du patrimoine du mari. Mais cette fiction cesse, lors de la dissolution de la communauté, par l'acceptation de la femme, qui, en vertu de l'effet rétroactif du partage, est considérée comme ayant toujours été propriétaire des conquêts tombés dans son lot. Si, malgré cela, elle peut être hypothécairement poursuivie sur les conquêts, à raison de condamnations prononcées contre le mari pendant le mariage, c'est biens moins en vertu de la fiction précédemment indiquée, que parce qu'elle est censée avoir été représentée par son mari dans tous les actes et jugements où ce dernier a figuré comme chef de la communauté. Or, ce motif fait complétement défaut, lorsqu'il s'agit de condamnations prononcées contre le mari antérieurement au mariage.

[30] On a quelquefois essayé de contester au créancier, porteur d'un titre exécutoire, la faculté de provoquer un jugement pour se procurer l'avantage d'une hypothèque générale, alors surtout que son titre lui conférait une hypothèque spéciale. Mais cette thèse, qui tend à retorquer contre le créancier les avantages attachés à son titre, est évidemment insoutenable, alors du moins qu'il a un intérêt sérieux et légitime à procéder comme il l'a fait. Il nous paraît donc certain

et à celui qui, en rejetant l'opposition formée aux poursuites exercées en vertu d'un pareil titre, en aurait ordonné la continuation jusqu'à parfait paiement[31], ou qui, sur cette opposition, aurait accordé des termes au débiteur[32]. En pareil cas, le créancier obtiendra une hypothèque sur tous les biens présents et à venir du débiteur, tout en conservant le bénéfice de son hypothèque spéciale.

Du reste, l'hypothèque judiciaire est, comme l'hypothèque légale, susceptible d'être réduite, sous les conditions et dans les formes indiquées par les art. 2161, 2162 et 2163[33].

c. Le rang de l'hypothèque judiciaire se détermine, même pour les biens à venir, par la date de l'inscription, de sorte qu'elle prime, sur ces immeubles comme sur les immeubles présents, toutes les hypothèques judiciaires ou légales d'une origine postérieure à cette inscription[34].

C. *De l'hypothèque conventionnelle.*

§ 266.

1. *Des conditions requises dans la personne de celui qui constitue hypothèque.*

L'hypothèque peut être constituée, soit par le débiteur lui-même, soit par un tiers[1].

que la condamnation obtenue en pareil cas emporte hypothèque, comme toute autre condamnation judiciaire. Grenier, I, 185. Merlin, *Rép.*, v° Titre confirmatif, n°s 3 et 4. Troplong, I, 442 *ter*. Valette, *op. cit.*, p. 982 et 983. Pont, n° 594. Zachariæ, § 265, texte et note 16. Riom, 25 mai 1816, Sir., 17, 2, 360. Req. rej., 23 avril 1823, Sir., 23, 1, 333. Civ. cass., 12 décembre 1824, Sir., 25, 1, 184. Req. rej., 20 avril 1825, Sir., 26, 1, 230. Req. rej., 1er février 1830, Sir., 30, 1, 137. Nîmes, 5 janvier 1831, Sir., 31, 2, 94. Orléans, 17 mars 1837, Sir., 37, 2, 291. Colmar, 24 juillet 1851, Sir., 52, 2, 506. Nancy, 8 mars 1854, Sir., 54, 2, 512. Paris, 8 décembre 1854, Sir., 54, 2, 782. Paris, 15 mai 1865, Sir., 65, 2, 257. Voy. en sens contraire : Montpellier, 12 janvier 1832, Sir., 32, 2, 528.

31 Merlin, *op. et v° citt.*, n° 2. Req. rej., 23 avril 1823, Sir., 23, 1, 333. Req. rej., 20 avril 1825, Sir., 26, 2, 230. Nîmes, 5 janvier 1831, Sir., 31, 2, 94. Paris, 10 août 1850, Dalloz, 1851, 2, 173.

32 Bordeaux, 29 juillet 1824, Sir., 24, 2, 246.

33 Cpr. § 282.

34 Voy. les autorités citées à la note 2 du § 291.

1 Arg. art. 1020 et 2077. Quoique le tiers qui, sans s'obliger personnellement envers le créancier, lui fournit seulement des sûretés hypothécaires, ne

La faculté de consentir une hypothèque dépend d'une double condition. Il faut, en premier lieu, que le constituant soit propriétaire de l'immeuble, ou se trouve investi du droit immobilier qu'il entend grever d'hypothèque[2]. Il faut, en second lieu, qu'il ait la capacité de l'aliéner. Art. 2124 cbn. 2129, al. 1[3].

a. Il résulte de la première de ces conditions qu'on ne peut hypothéquer un immeuble déterminé, appartenant à autrui.

L'hypothèque constituée sur l'immeuble d'autrui, nulle dans le principe, ne serait validée, ni par l'acquisition que le constituant ferait ultérieurement de cet immeuble, ni par la circonstance que celui auquel il appartient, viendrait à succéder au constituant à titre universel[4].

soit pas une caution proprement dite dans le sens de l'art. 2011 (cpr. § 423, texte *in principio*), il n'en est pas moins admis à invoquer le bénéfice de l'art. 2037. Cpr. § 429, texte *in fine*. — D'un autre côté, le tiers dont il est ici question, doit encore, du moins dans une certaine mesure, être assimilé à la caution au point de vue du recours auquel ils se trouvent réciproquement soumis, lorsque l'un d'eux a payé la dette garantie tout à la fois par une hypothèque et par un cautionnement. Cpr. § 321, texte n° 4, lett. *f*. — Voy. sur les effets de l'hypothèque constituée par un tiers, en ce qui concerne : les poursuites à exercer contre lui ; la prescription ; et la faculté de purger : § 287, texte n° 6 ; § 293, texte n° 1 ; § 293 *bis*, texte et note 24 *in fine*.

[2] Ce que nous dirons ultérieurement de la constitution d'hypothèque sur des immeubles corporels, s'applique également à l'hypothèque constituée sur des droits réels immobiliers. Cpr. Bourges, 1er février 1831, Sir., 31, 2, 253.

[3] La condition d'être propriétaire de l'immeuble que l'on entend grever d'hypothèque, qui n'est indiquée qu'implicitement dans l'art. 2124, est exigée d'une manière formelle par l'art. 2129.

[4] La propriété de l'immeuble dans la personne du constituant, n'est pas une simple condition de *capacité personnelle*, mais une condition de *la possibilité légale* de l'affectation hypothécaire en soi. A défaut de cette condition, la constitution d'hypothèque manquant, en quelque sorte, de matière ou d'assiette, se trouve entachée d'un vice réel et substantiel, que ni l'une ni l'autre des circonstances indiquées au texte ne saurait faire disparaître. C'est ce qui résulte inviucible-ment de l'art. 2129, qui ne se borne pas à déclarer qu'il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable, que celle qui a été constituée, avec désignation spéciale, sur des immeubles actuellement appartenant au débiteur, mais ajoute encore que les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués. Grenier, I, 51. Zachariæ, § 266, texte et note 4. Bruxelles, 11 juin 1817, Sir., 21, 2, 223. Bordeaux, 24 janvier 1833, Sir., 33, 2, 569. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 4 *bis*.

Il importe même peu, que le constituant ait ou non déclaré que l'immeuble hypothéqué ne lui appartenait pas. Si, en déclarant qu'il appartenait à un tiers, il l'avait hypothéqué pour le cas où il en deviendrait propriétaire, l'acquisition qu'il en ferait ne validerait pas plus la constitution, que s'il l'avait affecté comme lui appartenant actuellement[5].

Lorsque le constituant, en hypothéquant l'immeuble d'un tiers, s'est porté fort pour ce dernier, la ratification du propriétaire n'a pas pour effet de valider rétroactivement la constitution, et ne vaut que comme constitution nouvelle[6].

[5] Voy. en sens contraire : Troplong, II, 528 ; Zachariæ, § 266, texte et note 6. Ces auteurs se fondent sur l'art. 2125, et sur cette idée que l'art. 2129 n'a d'autre objet que de prohiber l'hypothèque conventionnelle générale. Mais ces deux raisons sont sans valeur. De ce qu'il est permis d'hypothéquer un immeuble sur lequel on a un droit de propriété soumis à une condition suspensive, il n'en résulte nullement qu'on puisse hypothéquer un immeuble sur lequel on n'a aucun droit de propriété, même conditionnel, pour le cas où l'on en deviendrait propriétaire. D'un autre côté, l'art. 2129, al. 2, prohibe l'affectation hypothécaire des biens à venir d'une manière absolue, c'est-à-dire non-seulement pour le cas où l'hypothèque porterait sur tous les biens à venir, envisagés collectivement, mais même pour celui où il s'agirait d'une hypothèque constituée sur un immeuble futur, nommément déterminé. Nous ajouterons que l'art. 2130 indique, d'une manière limitative, les conditions sous lesquelles il est exceptionnellement permis d'hypothéquer des immeubles dont on n'est pas encore propriétaire ; d'où la conséquence qu'en dehors de ces conditions, une pareille hypothèque ne saurait être valable.

[6] Nous différons d'opinion, sur ce point particulier, avec M. Pont, qui pense (n° 626) que, sous la réserve des droits antérieurement acquis aux tiers, la ratification du propriétaire valide rétroactivement la constitution hypothécaire, et lui assure par elle-même, et sans nouvelle inscription, tous ses effets pour l'avenir. Mais la règle *Ratihabitio mandato æquiparatur*, sur laquelle il se fonde, vraie pour les actes que le consentement des parties suffit à rendre valables et efficaces, ne saurait s'appliquer à des actes pour la validité et l'efficacité desquels la loi exige des conditions particulières et des formes spéciales. Or, telle est précisément la constitution d'hypothèque. Il nous paraît tout d'abord certain que la ratification par le propriétaire, de l'hypothèque qu'un tiers sans mandat a constituée en son nom, ne serait valable qu'autant qu'elle se trouverait consignée dans un acte passé devant notaire. D'un autre côté, et en supposant cette condition remplie, la ratification ne deviendrait efficace, à l'égard des tiers, qu'au moyen de l'énonciation dans une nouvelle inscription, de l'acte qui la renferme. Jusque-là elle ne pourrait, faute de publicité légale, être opposée à ces derniers, qui seraient toujours admis à demander la nullité de l'inscription, sur le fondement de

La nullité de l'hypothèque constituée sur l'immeuble d'autrui peut être proposée[7], par ceux auxquels le constituant aurait vendu ou hypothéqué cet immeuble, après en être devenu propriétaire[8].

la nullité du seul titre qui s'y trouve mentionné. Cpr. § 209, texte, lett. A, n° 1, et note 6. Voy. en sens contraire : Req. rej., 3 août 1859, Sir., 59, 1, 801 et 811. Cpr. aussi : Orléans, 13 novembre 1852, *Journ. du Pal.*, 1853, 1, 353. Ce dernier arrêt, dont les motifs sont favorables à l'opinion de M. Pont, s'explique par les faits particuliers de l'espèce, et surtout par la circonstance que la débitrice, qui avait constitué hypothèque sur des immeubles indivis entre elle et son père, en se portant fort pour lui quant à sa part, avait eu soin de déclarer l'existence de cette hypothèque dans le nouvel acte de constitution fait, après la mort de son père, au profit d'un autre créancier. Le nouveau créancier, en effet, pouvait être considéré comme ayant accepté cette déclaration, et comme ayant ainsi renoncé au droit de contester la première hypothèque, pour la part indivise des biens qui avait appartenu au père.

[7] Nous ne parlons pas au texte du propriétaire de l'immeuble et de ses ayants-cause : à leur égard, l'hypothèque serait à considérer, non pas seulement comme nulle, mais comme non-avenue.

[8] Cpr. note 4 *supra*. Grenier, I, 51. Persil, sur l'art. 2124. Duranton, XIX, 367. Pont, n° 627. Cour sup. de Bruxelles, 11 janvier 1817, Sir., 21, 2, 223. Bordeaux, 16 juillet 1838, Sir., 38, 2, 502. Nancy, 30 mai 1843, Sir., 43, 2, 547. Dijon, 25 avril 1855, Sir., 55, 2, 403. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 4 *bis* ; Troplong, I, 522 à 524. Ces auteurs, dont l'opinion a été admise par la Cour de Metz (20 avril 1836, Sir., 38, 2, 197), invoquent, d'une part, la maxime *Confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis*, et prétendent, d'autre part, que les tiers auxquels le débiteur a vendu ou hypothéqué les immeubles sur lesquels il avait consenti hypothèque avant qu'il en fût propriétaire, n'étant que ses ayants-cause, ne peuvent, pas plus que lui, opposer la nullité de la première constitution hypothécaire. Mais ces motifs ne devaient pas prévaloir. La maxime *Confirmato jure dantis* etc. suppose, dans la personne de celui qui a conféré des droits sur un immeuble, un titre de propriété entaché seulement de quelque vice susceptible d'être couvert ; elle est sans application à la question qui nous occupe, puisque le débiteur qui hypothèque l'immeuble d'autrui, n'a aucun titre, et que le néant ne se confirme pas. L'acquisition qu'il fera ultérieurement de cet immeuble, ne se rattachant dans sa personne à aucun titre antérieur, c'est évidemment à tort que l'on croit pouvoir attribuer à cette acquisition, le caractère et les effets d'une confirmation tacite de la constitution hypothécaire. Quant au second argument, il ne nous paraît pas plus solide. En admettant, ce qui est pour le moins contestable (voy. la note suivante), que le débiteur, devenu propriétaire de l'immeuble qu'il avait indûment hypothéqué, ne soit pas recevable à opposer lui-même la nullité de la constitution hypothécaire, on ne saurait en conclure que les personnes auxquelles il a plus tard conféré des droits réels sur l'immeuble, ne soient pas non plus ad-

Elle peut même l'être par ce dernier, à moins qu'il n'ait agi de mauvaise foi, et ne se soit ainsi rendu coupable de stellionat[9]. Mais le créancier, contre lequel le débiteur demanderait la nullité de l'hypothèque et la radiation de l'inscription, pourrait exiger, soit la constitution d'une hypothèque régulière, soit le remboursement immédiat de sa créance[10].

Du reste, il n'est pas nécessaire, pour pouvoir hypothéquer un immeuble, qu'on le possède actuellement, ni même qu'on ait sur cet immeuble un droit de propriété non contesté et présentement ouvert. Celui qui, sans posséder un immeuble, a, pour s'en faire déclarer propriétaire, une action, soit en revendication, soit en nullité ou en rescision de l'acte par lequel il l'avait aliéné, peut l'hypothéquer avant même d'avoir introduit son action[11]. D'un

mises à le faire. Si ces personnes sont les ayants-cause de leur débiteur ou vendeur, en tant qu'elles défendent leur position contre des prétentions qui s'attaquent au titre de leur auteur, et si, sous ce rapport, elles n'ont pas plus de droits que lui, elles agissent au contraire comme tiers, et en vertu d'un droit qui leur est propre, lorsqu'elles opposent la nullité d'une hypothèque constituée par leur auteur, même antérieurement à la naissance de leurs droits. Les conditions et formalités nécessaires à la validité et à l'efficacité des hypothèques étant prescrites, non dans le seul intérêt du débiteur lui-même, mais encore et surtout dans l'intérêt des tiers avec lesquels il pourra ultérieurement traiter, on ne comprendrait pas que ceux-ci fussent non-recevables à proposer tel ou tel moyen de nullité, par cela seul qu'il ne serait pas autorisé à le faire lui-même.

9 Pont, n° 630. Bordeaux, 21 décembre 1832, Sir., 33, 2, 205. Nancy, 20 mai 1843, Sir., 43, 2, 547.

10 La question de savoir si le débiteur, devenu propriétaire de l'immeuble qu'il avait indûment hypothéqué, est admis à se prévaloir de la nullité de la constitution hypothécaire pour demander la radiation de l'inscription, ne présente guère d'intérêt, ni pour le débiteur lui-même, ni pour le créancier, si l'on reconnaît à ce dernier le droit d'exiger, à défaut d'une constitution régulière, le remboursement immédiat de sa créance. Elle n'aurait quelque importance qu'au regard des héritiers du débiteur, et pour l'application des art. 873 et 1221, n° 1.

11 Dans ces différentes hypothèses, le propriétaire n'a ni perdu ni réellement transmis la propriété de l'immeuble, et rien ne s'oppose dès lors à ce qu'il l'hypothèque quand bon lui semble. Si, pour faire reconnaître son droit de propriété, il peut se trouver dans la nécessité d'introduire une action, le jugement qui accueillera cette action constatera seulement que, propriétaire d'ancienne date, il n'a pas un seul instant cessé de l'être, et qu'il n'a transmis à personne des droits même simplement révocables ou temporaires. Delvincourt, III, p. 292 et 293. Grenier, I, 153. Duranton, XIX, 276 et 277. Pont, n°s 642 et 643. Martou, III, 965. Zachariæ, § 258, note 8.

autre coté, rien n'empêche que celui qui a sur un immeuble un droit de propriété subordonné à une condition suspensive, ne l'hypothèque valablement pour le cas où la condition s'accomplira. Art. 2125[12].

Au contraire, l'ancien propriétaire, qui ne pouvait rentrer dans la propriété d'un immeuble valablement aliéné, que par l'effet, soit d'une condition résolutoire, casuelle ou mixte, soit d'un pacte commissoire, exprès ou tacite, n'est pas autorisé à hypothéquer cet immeuble avant l'événement de la condition résolutoire, ou l'introduction de l'action en résolution. Il en serait ainsi notamment, du donateur privé d'enfants, au moment de la donation, et du vendeur non payé, éventuellement appelés à rentrer dans la propriété de l'immeuble donné ou vendu, par la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfants, ou par la résolution judiciaire de la vente pour défaut de paiement du prix[13]. De même encore,

[12] Cpr. Metz, 20 avril 1836, Sir., 38, 2, 167.

[13] Jusque-là il serait impossible de considérer le vendeur ou le donateur comme propriétaires actuels de l'immeuble donné ou vendu, ou même comme ayant sur cet immeuble un droit de propriété subordonné à une condition suspensive; l'hypothèque qu'ils auraient constituée seraient par conséquent nulle aux termes de l'art. 2129. En vain dirait-on que la propriété soumise à une condition résulutoire, implique, par une corrélation nécessaire, une autre propriété sous condition suspensive, et qu'ainsi le donateur et le vendeur sont à considérer comme ayant conservé, sur l'immeuble donné ou vendu, un droit de propriété subordonné à une condition suspensive. Ces idées nous paraissent inexactes en théorie, et surtout inacceptables dans la matière qui nous occupe. Quand un immeuble n'a été aliéné que sous une condition résolutoire, il y a sans doute pour l'ancien propriétaire possibilité ou chance de rentrer dans la propriété ; et, en général, le retour de la chose entre ses mains s'opérera avec effet rétroactif, comme si l'aliénation n'avait pas eu lieu ; mais il n'a pas pour cela un droit conditionnel de propriété dans le sens de l'art. 2125. Un pareil droit suppose un titre d'acquisition dont l'efficacité est subordonnée à un événement futur et incertain, et ne peut résulter, en faveur du vendeur ou donateur, de l'acte même par lequel il transmet son droit de propriété. Le propriétaire qui aliéne sa chose, quoique sous une condition résolutoire seulement, ne se dépouille pas moins d'une manière complète de sa propriété ; et, en cas de résolution, il y aura, non point consolidation d'un droit acquis sous condition, mais tout simplement retour de la chose à l'ancien propriétaire, qui, dans l'intervalle, avait cessé de l'être. Si ce retour s'opère en général *ex tunc*, et si l'immeuble rentre dans le domaine de ce dernier avec anéantissement de tous les actes de disposition émanés de l'acquéreur, il n'en est pas moins vrai que de fait celui-ci aura été propriétaire dans l'intervalle de l'acquisition à sa résolution.

le vendeur sous réserve de réméré ne pourrait pas hypothéquer l'immeuble vendu, avant l'exercice du retrait[14].

Chacun des copropriétaires d'un immeuble est autorisé à hypothéquer, soit sa part indivise dans l'immeuble commun, soit même la totalité ou une partie matériellement déterminée de cet immeuble; mais, comme cette affectation ne peut avoir lieu que sous la réserve des droits des autres communistes, le sort et les effets de l'hypothèque restent, d'une manière plus ou moins absolue, subordonnés au résultat du partage ou de la licitation[15].

Lorsque le copropriétaire qui n'a affecté que sa part indivise, devient, par suite du partage ou de la licitation, propriétaire de la totalité de l'immeuble commun, l'hypothèque demeure, malgré cet événement, restreinte à la part indivise que le constituant avait dans cet immeuble[16].

Il est du reste entendu, que si un tiers se rend adjudicataire sur licitation d'un immeuble commun, les hypothèques consenties durant l'indivision par un ou plusieurs des copropriétaires, continuent de subsister pour la part indivise de chacun des constituants[17].

Les propositions précédentes sont indépendantes de la cause qui a produit l'indivision, et s'appliquent aux associés dans une société civile, comme aux cohéritiers, et aux copropriétaires d'un immeuble déterminé[18]. Mais elles ne concernent pas les associés dans une société de commerce, qui ne peuvent, tant que dure la société, hypothéquer valablement, pour une part quelconque, les im-

14 Voy. § 209, texte, lett. *B*, et note 68. Grenier, I, 153. Req. rej., 21 décembre 1825, Sir., 26, 1, 275. Bordeaux, 5 janvier 1833, Sir., 33, 2, 188. Cpr. Civ. cass., 18 mai 1813, Sir., 13, 1, 326; Colmar, 12 juillet 1816, Sir., 18, 2, 7; Montpellier, 4 mars 1841, Sir., 41, 2, 25. Voy. en sens contraire: Tarrible, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 3, n° 5; Persil, sur l'art. 2118, n° 11; Battur, II, 234; Valette, p. 202 et 203; Duranton, XIX, 278; Troplong, II, 469; Duvergier, *De la vente*, n° 29; Taulier, VII, p. 256; Martou, III, 964; Pont, n° 639; Larombière, *Des obligations*, II, art. 1181, n° 8; Colmet de Santerre, V, 109 *bis*, III; Demolombe, XXV, 416 et 411; Zachariæ, § 266, note 6; Douai, 22 juillet 1820, Sir., 21, 2, 247.

15 Voy. pour le développement de ces propositions : § 625, texte n° 1.

16 Pont, n° 640. Zachariæ, § 197, note 6. Civ. cass., 6 décembre 1826, Sir., 27, 1, 171.

17 Zachariæ, § 266, note 7. Aix, 23 janvier 1835, Sir., 35, 2, 267. Grenoble, 27 janvier 1859, Sir., 60, 2, 11.

18 Voy. § 221, texte n° 1 et note 6; texte n° 2, notes 10 et 11.

meubles sociaux[19]. Il y a mieux, même après la dissolution d'une société commerciale, et aussi longtemps qu'elle n'a pas été liquidée, les hypothèques consenties par les associés sur leurs parts indivises dans les immeubles sociaux, ne peuvent utilement frapper ceux de ces immeubles qui ont été vendus pour les besoins de la liquidation[20].

Celui qui n'a sur un immeuble qu'un droit de propriété sujet à rescision ou à résolution, ne peut conférer qu'une hypothèque soumise aux mêmes éventualités de rescision ou de résolution. Art. 2125[21].

Si la rescision comme l'annulation du titre de celui qui a constitué une hypothèque, entraîne toujours l'extinction de celle-ci, la résolution du titre du constituant laisse exceptionnellement subsister les hypothèques procédant de son chef, dans les cas prévus par les art. 952, 958 et 1054.

Quant à la résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix, elle fait, comme toute autre condition résolutoire, évanouir les hypothèques établies du chef de l'acquéreur, peu importe qu'elle ait été prononcée en justice[22], ou qu'elle ait été consentie à l'amiable, pourve que, dans ce dernier cas, elle ait eu lieu sans

[19] La raison en est que, pendant la durée d'une société de commerce, la propriété des immeubles sociaux réside dans la personne morale de la société. Quant aux parts des associés, elles sont purement mobilières, et ne peuvent par conséquent être hypothéquées. Art. 529. Grenier, I, 343. Duranton, IV, 120. Demolombe, IX, 419. Massé, *Droit commercial*, IV, 3000. Pont, n° 512. Mais la dissolution de la société, par une cause quelconque, ayant pour effet d'investir les associés personnellement de la propriété du fonds social, l'état d'indivision dans lequel ils resteraient, ne les empêcherait pas, d'une manière absolue, d'hypothéquer les immeubles dépendants de ce fonds. Civ. rej., 8 février 1847, Sir., 48, 1, 43.

[20] Req. rej., 29 mai 1865, Sir., 65, 1, 325.

[21] Voy. aussi : art. 929, 952, 954, 963 et 1054.

[22] Les créanciers hypothécaires de l'acheteur seraient admis, même indépendamment de toute collusion entre lui et le vendeur, à former tierce opposition au jugement qui aurait à tort prononcé la résolution de la vente. Cpr. § 769, texte n° 2 et note 28. Pont, n° 647. Mais si le jugement avait été rendu à bon droit, ils ne seraient pas reçus, pour le faire rétracter, à offrir au vendeur de lui payer le prix ou le solde qui lui restait dû. C'est là une faculté qu'ils auraient sans doute pu exercer du chef de l'acheteur, mais dont ils ne peuvent plus faire usage dès que ce dernier lui-même en est déchu.

fraude, c'est-à-dire par nécessité, et dans le but sérieux d'éviter un jugement de résolution[23].

L'hypothèque constituée par une personne qui, en vertu d'un titre régulier, était propriétaire apparent d'un immeuble, bien qu'en réalité elle ne fût qu'un simple prête-nom, dépourvu de tout pouvoir d'hypothéquer, devrait, dans l'intérêt du créancier, être maintenue contre le véritable propriétaire et ses ayants-cause[24].

Les règles développées au n° 5 du § 616, sur le sort des ventes passées par l'héritier apparent et sur leurs effets au regard du véritable héritier, s'appliquent également aux hypothèques qu'il aurait constituées[25].

De même que l'on ne peut hypothéquer des immeubles déterminés appartenant à autrui, de même aussi on ne peut, en général, hypothéquer par anticipation, et d'une manière indéterminée, ses biens à venir. Art. 2129, al. 2.

Par exception à ce principe, le débiteur dont les biens présents et libres sont insuffisants pour la sûreté de la créance, peut, en exprimant cette insuffisance, et en donnant en hypothèque les immeubles dont il est actuellement propriétaire, consentir que chacun de ceux qu'il acquerra par la suite, demeure, à mesure des acquisitions, affecté à son obligation[26]. Art. 2130. Cette faculté n'appartiendrait pas au débiteur qui, ne possédant actuellement aucun immeuble, ou qui, n'engageant pas ses immeubles présents, ne pourrait ou ne voudrait hypothéquer que ses biens à venir[27].

[23] Troplong, *De la vente*, II, 691. Martou, III, 970. Coulon, *Quest. de droit*, III, p. 436. Pont, n° 646. Req. rej., 10 mars 1836, Sir., 36, 1, 167. Bourges, 12 février 1853, Sir., 53, 2, 441. Riom, 11 décembre 1865, Sir., 66, 2, 362. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 551; Duranton, XVI, 387. Cpr. aussi : Req. rej., 17 juillet 1848, Sir., 48, 1, 470.

[24] Cpr. § 410, texte, notes 10 et 11. Civ. cass., 30 mars 1836, Sir., 36, 1, 506. C'est à tort que M. Pont (n° 631) rattache la décision de cet arrêt à la jurisprudence relative aux ventes consenties par un héritier apparent.

[25] Cpr. Paris, 16 mars 1866, Sir., 66, 2, 337.

[26] Cpr. sur les conditions, le caractère et les effets d'une pareille constitution d'hypothèque : texte n° 3 *infra*; § 272, texte et note 4 ; § 273, texte et note 4 ; § 282, texte et note 5; § 287, texte n° 2 et note 19 ; § 291, texte et note 4.

[27] D'après le texte de l'art. 2130, comme d'après l'esprit de la loi, l'affectation hypothécaire de biens à venir ne peut être que subsidiaire : elle doit, pour être permise, se rattacher, comme sûreté complémentaire, à une constitution d'hypothèque sur des biens présents. Delvincourt, III, p. 307. Persil, sur l'art. 2130, n° 7. Duranton, XIX, 375. Taulier, VII, 265. Pont, n° 688. Rouen,

b. La seconde condition requise pour pouvoir constituer hypothèque, est d'avoir la capacité d'aliéner les immeubles que l'on entend affecter. Art. 2124. La capacité de s'obliger n'emporte pas toujours et nécessairement celle de consentir hypothèque, de sorte que l'hypothèque constituée par le débiteur peut se trouver nulle à son égard, bien que l'engagement pour sûreté duquel il l'a établie, soit valable sous le rapport de sa capacité personnelle. C'est ainsi, par exemple, que le mineur émancipé, quoique capable de s'engager avec l'assistance de son curateur, ne peut, avec cette assistance seule, hypothéquer ses biens [28], et que la femme mariée qui, en cas de séparation de biens, peut valablement contracter certains engagements, reste, malgré cela, incapable d'hypothéquer ses immeubles sans l'autorisation de son mari ou de la justice [29].

Par exception à la règle d'après laquelle il faut, pour pouvoir consentir une hypothèque, avoir la disposition de ses biens, le mineur émancipé, autorisé à faire le commerce, jouit de la faculté d'hypothéquer ses immeubles pour les opérations de son commerce, bien qu'il ne puisse les aliéner qu'en suivant les formalités prescrites pour la vente des biens de mineurs. Code de com., art. 6.

La nullité dont se trouve entachée l'hypothèque constituée par une personne incapable de s'obliger, par exemple par un mineur, ou par une femme mariée non autorisée, est susceptible d'être couverte au moyen d'un acte de confirmation, tant et aussi longtemps que le constituant reste propriétaire de l'immeuble hypothéqué [30]. La confirmation donnée par le mineur devenu majeur, ou par la

18 août 1820, Sir., 21, 2, 247. Riom, 25 novembre 1830, Sir., 33, 2, 526. Lyon, 12 décembre 1837, Sir., 38, 2, 431. Caen, 4 avril 1842, Sir., 42, 2, 399. Lyon, 9 avril 1845, Sir., 46, 2, 185. Dijon, 25 avril 1855, Dalloz, 1855, 2, 210. Nancy, 22 août 1867, Sir., 68, 2, 109. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 63 ; Troplong, II, 538 *bis* ; Zachariæ, § 266, note 6, *in fine* ; Besançon, 29 août 1811, Sir., 33, 2, 526, à la note. Cpr. Riom, 25 mai 1816, Sir., 17, 2, 360. Cet arrêt, que nous avons déjà cité à la note 30 du § 265, n'est pas contraire à la proposition émise au texte.

28 Arg. art. 484 cbn. 2124 et 2126. Arg. *a contrario* art. 6 du Code de commerce. Cpr. § 132, texte n° 2 et note 12. Pont, n° 613.

29 Art. 217 et 1449, al. 3. Cpr. § 516, texte n° 7.

30 Le mineur ou la femme mariée qui, après la majorité ou la dissolution du mariage, auraient aliéné les immeubles précédemment hypothéqués, ne pourraient confirmer la constitution hypothécaire au préjudice des acquéreurs. Cpr. § 337, texte n° 4, *in fine*.

femme devenue veuve, remonte au jour de la constitution hypothécaire, et la valide même au regard des créanciers auxquels ils auraient, depuis la majorité ou la dissolution du mariage, conféré de nouvelles hypothèques[31]. A plus forte raison est elle opposable, sans nouvelle inscription, aux créanciers postérieurs[32].

Le débiteur non commerçant, qui se trouve au-dessous de ses affaires, ou qui est tombé en état de déconfiture, n'est pas pour cela privé de la faculté d'hypothéquer ses immeubles, au profit, soit de créanciers nouveaux, soit de créanciers anciens[33].

Il en est autrement du commerçant failli. Le jugement déclaratif de la faillite le dessaisissant, dans l'intérêt de la masse, de l'administration de tous ses biens, lui enlève par cela même la faculté de les hypothéquer au préjudice des créanciers de la faillite. Il y a plus : la loi commerciale déclare nulles et sans effet, relativement à la masse, les hypothèques conventionnelles ou judiciaires constituées sur les biens du failli depuis l'époque déterminée par le

[31] La confirmation a de sa nature un effet rétroactif au jour de l'acte confirmé, avec lequel elle s'identifie ; et si, aux termes de la disposition finale de l'art. 1338, elle ne peut jamais préjudicier aux droits des tiers, cela doit s'entendre des droits tels que les tiers les avaient acquis. Or, les créanciers dont l'hypothèque est postérieure à celle qui avait été constituée en temps de minorité ou pendant le mariage, ne peuvent prétendre que la confirmation de cette dernière porte atteinte à leurs droits, en leur enlevant l'avantage de la priorité de rang. Avertis qu'ils étaient de l'existence de cette hypothèque, ils ont pu et dû s'attendre à la voir confirmer, puisqu'en constituant à leur profit une nouvelle hypothèque, leur débiteur ne renonçait pas, par cela seul, à la faculté de confirmer celle qu'il avait précédemment consentie. Toullier, VII, 524, et VIII, 564. Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 4, n°s 6 et 7. Troplong, I, 487 et suiv. Pont, n° 616. Paris, 15 décembre 1830, Sir., 31, 2, 83. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 42 ; Battur, I, 160 ; De Fréminville, *De la minorité*, II, 926 ; Marcadé, sur l'art. 1338 ; Larombière, *Des obligations*, IV, art. 1338, n°s 53 et suiv.; Martou, III, 979 ; Zachariæ, § 266, texte et note 12, § 339, texte et note 27 ; Nancy, 1er mai 1812, Sir., 13, 2, 50 ; Paris, 23 juillet 1838, Sir., 39, 2, 5 ; Montpellier, 6 janvier 1866, Sir., 66, 2, 380. — La Cour de Douai (18 mai 1840, Sir., 40, 2, 289) a même jugé que la confirmation, par le mineur devenu majeur, d'une hypothèque consentie en minorité, ne peut être opposée à la femme avec laquelle il avait dans l'intervalle contracté mariage. Cpr. encore sur la question : Delvincourt, II, p. 813 ; Duranton, XIII, 285, XIX, 344 et 347.

[32] Larombière, *op. cit.*, IV, art. 1338, n° 56. Civ. rej., 25 novembre 1856, Sir., 57, 1, 117.

[33] Cpr. § 582, texte et notes 3 à 5. Pont, n° 622.

tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements, ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque, en tant qu'elles auraient pour objet de garantir des dettes antérieurement contractées. Code de commerce, art. 446. Quant aux hypothèques consenties par le failli, dans le même intervalle de temps, pour sûreté d'engagements nouveaux et contemporains, elles ne sont pas nulles de droit; mais elles peuvent, selon les circonstances, être annulées, si les créanciers qui les ont obtenues, ont traité avec le failli en connaissance de la cessation de ses paiements[34]. Code de commerce, art. 447. Du reste, le failli n'étant frappé que d'une incapacité purement relative, prononcée dans l'intérêt exclusif des créanciers de la masse, il ne peut s'en prévaloir lui-même pour demander, après avoir été rétabli à la tête de ses affaires par un concordat, la nullité des hypothèques qu'il a consenties, et la radiation des inscriptions prises pour leur conservation[35]. Les ci-devant créanciers de la masse ne le peuvent pas davantage après la dissolution de l'union[36].

Le débiteur dont les immeubles ont été saisis réellement, conserve, même après la transcription de la saisie, la faculté de les hypothéquer, bien qu'il ne puisse plus les aliéner[37].

[34] La seule circonstance que le créancier a traité avec le failli en connaissance de la cessation de paiements, n'est pas exclusive de sa bonne foi, et n'entraîne pas nécessairement l'annulation de son hypothèque. Renouard, *Des faillites*, sur l'art. 446. Bédarride, *Des faillites*, I, 122. Esnault, *Des faillites*, I, 186. Req. rej., 8 mars 1854, Sir., 56, 1, 170. Civ. cass., 24 décembre 1860, Sir., 61, 1, 538. Cpr. cep. Angers, 25 avril 1860, Sir., 60, 2, 289.

[35] Lainé, *Des faillites*, p. 66. Esnault, *Des faillites*, I, 116. Bravard et Demangeat, *Traité de Droit commercial*, V, p. 213, et la note. Paris, 3 décembre 1846, Sir., 58, 1, 707, à la note. Orléans, 16 juin 1852, Sir., 53, 2, 661 et 663. Aix, 7 août 1856, Sir., 56, 2, 561. Req. rej., 15 juillet 1857, Sir., 58, 1, 705. Douai, 17 février 1859, Sir., 59, 2, 294. Cpr. aussi : Req. rej., 17 juillet 1861, Sir., 62, 1, 374. Voy. en sens contraire : Poitiers, 2 mai 1854, Sir., 58, 1, 705, à la note.

[36] Dijon, 8 février 1865, Sir., 65, 2, 31. Req. rej., 2 août 1866, Sir., 66, 1, 388.

[37] *Non obstat* Code de procédure, art. 686. Il n'y a, quant à l'application de cet article, aucune assimilation à établir entre l'aliénation et l'hypothèque. Une constitution hypothécaire n'entrave nullement la marche de la saisie. D'un autre côté, elle ne porte atteinte, ni aux droits des créanciers hypothécaires antérieurs, ni à ceux des créanciers chirographaires, auxquels la saisie n'a conféré aucun droit nouveau. C'est au surplus dans le sens de la solution donnée au texte que la question a été décidée lors de la discussion de la loi du 2 juin 1841,

Celui qui a fait à ses créanciers une cession de biens non translative de propriété, conserve de même, malgré l'acceptation volontaire de la cession, ou son admission par jugement, la faculté de constituer des hypothèques sur les immeubles abandonnés[38]. La validité de pareilles hypothèques ne saurait être contestée, alors du moins qu'elles ont été consenties au profit de créanciers nouveaux, ou même de créanciers anciens qui n'auraient pas pris part au contrat d'abandon[39].

2. *Des actes contenant constitution d'hypothèque.*

L'hypothèque conventionnelle ne peut, en règle, être constituée que par des actes passés devant notaire, dans la forme ordinaire des actes notariés[40]. Art. 2127[41]. Les constitutions d'hypothèques

sur les ventes judiciaires de biens immeubles. Grenier, 1, 111. Battur, I, 181. Persil, *Commentaire de la loi du 2 juin 1841*, p. 131 et suiv. Pont, nos 353 et 623. Zachariæ, § 266, note 13. Voy. en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, vo Saisie immobilière, § 6, art. 1, no 14.

38 Le débiteur qui a fait cession de biens, agit sans doute contrairement à la loi de son contrat en grevant d'hypothèques les immeubles abandonnés ; et les créanciers au profit desquels l'abandon a eu lieu, seraient par ce motif autorisés à demander la résiliation de ce contrat. Mais, comme le débiteur n'a pas pu, par une cession de biens non translative de propriété, s'enlever, au regard des tiers, la faculté de disposer des biens dont il restait propriétaire, et qu'une pareille cession, qui n'est soumise à aucune mesure de publicité, ne saurait être opposée à ces derniers, on doit en conclure que les hypothèques consenties à leur profit sont parfaitement valables. Cette conclusion, nous le reconnaissons, est contraire à l'opinion commune. Voy. Merlin, *Rép.*, vo Inscription hypothécaire, § 4, no 6 ; Persil, sur l'art. 2146, no 10 ; Grenier, I, 124 ; Pont, no 621 ; Zachariæ, § 266, texte et note 13. Mais nous croyons d'autant plus devoir y persister qu'elle rentre parfaitement dans l'esprit qui a dicté les dispositions de la loi du 23 mars 1855, sur la transcription.

39 L'hypothèque constituée au profit d'un créancier ayant figuré au contrat d'abandon, serait inefficace, non point à raison de l'incapacité du constituant, mais par le motif que le fait d'un simple créancier chirographaire, de se faire donner une hypothèque sur les biens cédés, constituerait de sa part une véritable violation du contrat auquel il a concouru.

40 Les constitutions d'hypothèques ne sont pas comprises au nombre des actes qui, d'après l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843, exigent, à peine de nullité, la présence réelle à leur réception du notaire en second ou des témoins.

41 Il suit de l'art. 2127 que les effets et l'étendue d'une hypothèque ne peuvent être réglés d'après des conventions renfermées dans un acte sous seing privé. Civ. cass., 1er décembre 1852, Sir., 54, 1, 93.

contenues dans d'autres actes, même authentiques, et notamment dans un procès-verbal dressé par un juge de paix en bureau de conciliation, seraient destituées d'efficacité[42].

On doit cependant accorder à un acte sous seing privé contenant constitution d'hypothèque, l'effet d'un acte notarié, lorsqu'il a été reconnu devant notaire, ou même, lorsque le débiteur, en le déposant entre les mains d'un notaire, en a fait régulièrement constater le dépôt, soit en présence, soit en l'absence du créancier[43]. Le dépôt effectué par le créancier seul ne validerait pas la constitution d'hypothèque, à moins qu'il ne l'eût opéré en vertu d'un mandat régulier conféré par le débiteur[44]. Quant à la reconnaissance faite en justice de l'écriture ou de la signature d'un acte sous seing privé, portant constitution d'hypothèque, elle ne validerait pas cette constitution[45].

Bien que l'art. 20 de la loi du 25 ventôse an XI ne range pas formellement les actes de constitution d'hypothèque au nombre de ceux qui sont susceptibles d'être délivrés en brevet, on doit cependant admettre la validité d'une constitution hypothécaire consentie dans un acte notarié dont il n'a pas été gardé minute[46].

42 Art. 2127 cbn. Code de procédure, art. 54. *Discussion au Conseil d'État*, sur ce dernier article (Locré, XXI, p. 252 et253, n° 9). Cpr. § 419, texte *in fine*, et note 5; § 568 *bis*, note 10. Pont, n° 662. Rennes, 12 août 1814, Dalloz, *Rép.*, v° Priviléges et Hypothèques, n° 1270.

43 *Discussion au Conseil d'État*, sur l'art. 2127 (Locré, *Lég.*, t. XVI, p. 254, n° 10). Grenier, I, 67 et 68. Merlin, *Rép.*, v° Hypothèques, sect. II, § 3, art. 6. Persil, sur l'art. 2127, n° 4. Troplong, I, 506. Duranton, XIX, 361. Pont, n° 661. Zachariæ, § 266, texte et note 16. Civ. rej., 11 juillet 1815, Sir., 15, 1, 336. Req. rej., 25 février 1824, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 1, 403. Caen, 22 juin 1824, Dalloz, 1825, 2, 112. Civ. rej., 15 février 1832, Sir., 32, 1, 790. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 159 ; Bugnet sur Pothier, *De l'hypothèque*, n° 49.

44 Metz, 24 mars 1819, Sir., 19, 2, 332. Cpr. Req. rej., 4 août 1864, Sir., 64, 1, 401.

45 Toulouse, 18 décembre 1816, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 215. Cpr. § 568 *ter*, texte n° 1 et note 7.

46 C'est ce que l'on doit, selon nous, conclure des mots de l'art. 2148, *l'original en brevet*, qui ne sauraient s'entendre que d'actes notariés délivrés en brevet, et qui supposent ainsi que l'hypothèque peut être valablement conférée par de pareils actes. Pont, n°s 665 et 942. Voy. en sens contraire : Duranton, XIX, 357.

La circonstance que l'acte notarié, contenant une affectation hypothécaire, n'aurait pas été enregistré dans le délai fixé par la loi, ne porterait aucune atteinte à l'hypothèque[47].

L'hypothèque, qui d'ordinaire est établie par le même acte que la créance qu'elle est destinée à garantir, peut être constituée par un acte séparé; et, dans ce cas, il n'est pas nécessaire que la créance elle-même soit constatée par acte notarié[48].

Le mandat à l'effet de constituer une hypothèque doit, à peine de nullité de la constitution, être donné par acte notarié[49].

La constitution d'hypothèque doit, comme toute autre convention, être acceptée par le créancier. Lorsqu'elle a été consentie par un acte dans lequel ce dernier n'a pas figuré, elle peut être acceptée ultérieurement; et une pareille acceptation rétroagit au jour même de la constitution[50]. A la différence de la constitution hypothécaire elle-même, l'acceptation peut être faite par acte sous seing privé,

[47] Arg. art. 33 et 34 de la loi du 22 frimaire an VII. Troplong, II, 507. Toulouse, 12 décembre 1835, Sir., 36, 2, 432. Cpr. Req. rej., 23 janvier 1810, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 1, 144. — Merlin (*Rép.*, v° Enregistrement, § 4, et v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 6, n° 4) et Grenier (I, 17) enseignent le contraire, en se fondant sur l'art. 9 de la loi des 15-19 décembre 1790, qu'ils soutiennent n'avoir pas été abrogé par l'art. 73 de la loi du 22 frimaire an VII. Mais l'interprétation restrictive qu'ils donnent à ce dernier texte, est contraire à l'économie générale de la loi dont il fait partie.

[48] Persil, sur l'art. 2127, n° 7. Zachariæ, § 256, note 16, *in fine*.

[49] En effet, le consentement du débiteur à la constitution de l'hypothèque par un mandataire, ne résulte que du mandat même; il ne serait donc plus, comme l'exige l'art. 2126, constaté par acte authentique, si la procuration était sous seing privé. Cpr. § 411, texte et note 6. Loi du 23 mars 1855, art. 9. Grenier, I, 68. Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 6. Grenier, I, 168. Taulier, VII, p. 260. Mourlon, *De la transcription*, n° 1006. Ducruet, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, p. 40. Merville, *Revue pratique*, 1856, II, p. 97. Pont, n°s 470 et 657. Zachariæ, § 266, note 18. Riom, 31 juillet 1851, Sir., 51, 2, 698. Civ. rej., 23 mai 1854, Sir., 54, 1, 322. Civ. cass., 12 novembre 1855, Sir., 56, 1, 254. Amiens, 9 avril 1856, Sir., 56, 2, 233. Toulouse 9 juillet 1859, Sir., 59, 2, 407. Req. rej., 19 janvier 1864, Sir., 64, 1, 221. Bordeaux, 26 avril 1864, Sir., 64, 2, 262. Voy. en sens contraire: Persil, sur l'art. 2127, n° 6; Battur, I, 168; Troplong, I, 510; Marcadé, *Revue critique*, 1852, II, p. 190; Civ. rej., 25 mai 1819, Sir., 19, 1, 324; Caen, 22 juin 1824, Dalloz, 1825, 2, 112, Req. rej., 5 juillet 1827, Sir., 28, 1, 105.

[50] Civ. rej., 5 août 1839, Sir., 39, 1, 753.

et même avoir lieu tacitement[51]. D'un autre côté, l'hypothèque peut être valablement acceptée, au nom du créancier, par un tiers agissant sans mandat exprès. Mais si l'acceptation avait été faite, dans l'acte même de constitution, par le notaire qui l'a reçu, cet acte serait à considérer comme dépourvu d'authenticité, et par suite comme n'ayant pu conférer hypothèque[52].

Du reste, la forme notariée, exigée pour la constitution hypothécaire, n'est pas requise pour la simple promesse de constituer une hypothèque[53] : sous quelque forme qu'une pareille promesse ait eu lieu, le créancier est en droit d'en exiger l'accomplissement au moyen de la passation d'un acte notarié, et, en cas de refus du débiteur, de provoquer contre lui un jugement, qui emportera hypothèque judiciaire[54].

En vertu des dispositions spéciales de l'art. 14, tit. II, de la loi des 28 octobre-5 novembre 1790, et de l'art. 3 de celle du 4 mars 1793, les actes des autorités administratives, relatifs à la gestion des biens domaniaux et aux marchés faits au nom de l'État avec des fournisseurs, entrepreneurs, ou ouvriers, sont susceptibles de contenir des constitutions d'hypothèque pour sûreté des engagements contractés envers l'État[55].

[51] La disposition de l'art. 932, spéciale aux donations entre-vifs, et exceptionnelle de sa nature, ne saurait être étendue à toutes les conventions pour la validité desquelles la loi exige un acte notarié. Pont, n° 659. Paris, 22 avril 1835, Sir., 35, 2, 373. Lyon, 9 mai 1837, Sir., 37, 2, 468. Civ. rej., 5 août 1839, Sir., 39, 1, 753. Req. rej., 4 décembre 1867, Sir., 68, 1, 252. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 266, texte et note 18.

[52] Merville, *Revue pratique*, 1856, I, 308. Rouen, 2 février 1829, Sir., 30, 2, 175. Toulouse, 31 juillet 1830, Sir., 31, 2, 133. Besançon, 17 juillet 1844 Sir., 46, 2, 171. Civ. rej., 3 août 1847, Sir., 47, 1, 725. Limoges, 11 juillet 1854, Sir., 54, 2, 769. Amiens, 9 avril 1856, Sir., 56, 2, 333. Grenoble, 8 juillet 1858, Sir., 60, 2, 188. Civ. cass., 11 juillet 1859, Sir., 59, 1, 551. Cpr. Toulouse, 31 juillet 1830, Sir., 31, 2, 133.

[53] Pont, n° 658. Pau, 16 juillet 1852, Sir., 52, 2, 417. Req. rej., 5 novembre 1860, Sir., 61, 1, 858. Cpr. Civ. rej., 27 août 1844, Sir., 44, 1, 740.

[54] Valette, *Revue de Droit français et étranger*, 1849, VI, p. 981.

[55] L'art. 14, tit. II, de la loi des 28 octobre-5 novembre 1790, dont les dispositions ont été étendues, par l'art. 3 de celle du 4 mars 1791, aux marchés passés au nom de l'État, porte ce qui suit : « Le ministère des notaires ne sera « nullement nécessaire pour la passation desdits baux, ni pour tous les autres « actes d'administration. Ces actes ainsi que les baux, emporteront hypothèque « et exécution parée. » En assimilant ainsi les actes des autorités administratives

Les actes passés par des autorités étrangères, quoique dans la forme prescrite par les lois du pays où ils ont été reçus, ne peuvent conférer l'hypothèque sur des immeubles situés en France, à moins de dispositions contraires dans les traités politiques[56]. Art. 2128.

aux actes notariés, et en leur attribuant la force d'exécution parée, le législateur a établi une règle spéciale de Droit administratif, que n'ont point abrogée l'art. 3 de la loi de brumaire an VII, et l'art. 2127 du Code Napoléon, qui exigent un acte notarié par la constitution d'hypothèque : *Lex generalis non derogat speciali.* Quant à la disposition qui attachait une hypothèque générale et tacite aux actes des autorités administratives, elle ne contenait qu'une application de l'ancien principe d'après lequel les actes notariés emportaient de plein droit une hypothèque conventionnelle tacite sur tous les biens du débiteur, et n'a pu survivre à l'abrogation de ce principe par la loi de brumaire an VII, et à la prohibition de toute stipulation d'hypothèque sur les biens à venir. Nous concluons de ces principes : 1° que les actes administratifs dont il est question au texte, sont encore aujourd'hui susceptibles de contenir des stipulations d'hypothèques dans les termes de l'art. 2129 ; 2° mais qu'ils ne produisent plus de plein droit, ni une hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur, ni même une hypothèque spéciale sur ses immeubles présents. La première de ces propositions, conforme à l'opinion de MM. Favard de Langlade (*Rép.*, v° Louage, sect. I, § 4, n° 2), Grenier (I, 9), Duranton (XIX, 360) et Foucart (*Droit administratif*, II, 1117), a été formellement consacrée par la Cour de cassation. Voy. Req. rej., 3 juillet 1817, Sir., 18, 1, 360; Civ. cass., 12 janvier 1835, Sir. 35, 1, 11. Cpr. aussi les deux arrêts suivants qui, se rapportant à des actes antérieurs à la loi de brumaire, ne sont pas directement applicables à la question: Civ. rej., 3 mai 1843, Sir., 43, 1, 369; Civ. rej., 9 juin 1847, Sir., 48, 1, 54. Voy. en sens contraire: Troplong, II, 505 *bis*; Pont, n° 663; Zachariæ, § 266, note 14. Quant à la seconde proposition, sur laquelle MM. Duranton et Foucart ne s'expliquent pas nettement, elle a été également admise par M. Favard (*op. v° et loc. citt.*) et par la Cour de cassation (Req. rej., 26 mars 1806, Sir., 6, 2, 758). Voy. en sens contraire : Paris, 29 mai 1830, Sir., 30, 2, 231. — Nous ferons remarquer que les dispositions des lois précitées ayant été appliquées aux baux à ferme des hospices et d'autres établissements de bienfaisance ou d'instruction publique, un décret du 12 août 1807 ordonna qu'à l'avenir ces baux seraient passés aux enchères devant notaire, et que les hypothèques seraient stipulées dans la forme déterminée par le Code Napoléon. La règle posée par ce décret ayant été déclarée applicable aux baux des biens des communes, la question qui nous occupe, ne peut plus se présenter que pour les actes spécialement mentionnés dans les lois de 1790 et de 1793. — Il est du reste bien entendu que des particuliers figurant dans un acte administratif, tel qu'un acte de remplacement militaire, ne pourraient dans cet acte constituer une hypothèque, l'un au profit de l'autre. Décret du 29 mai 1811.

[56] Cpr. § 769 *bis*, texte n° 3.

3. *Des énonciations que doit contenir l'acte constitutif d'hypothèque.*

Cet acte doit donner, sur les parties contractantes, sur la créance pour sûreté de laquelle l'hypothèque est établie, et sur les immeubles qui y sont soumis, des indications précises et suffisantes pour servir de base à l'inscription. Les dispositions de la loi relatives au contenu de l'inscription s'appliquent donc en général à l'acte constitutif de l'hypothèque. Cependant, si le montant de la créance que l'hypothèque doit garantir est indéterminé, les parties ne sont pas tenues d'en faire une évaluation approximative dans cet acte : il suffira que le créancier donne cette évaluation dans l'inscription. Art. 2132[57].

En ce qui concerne, en particulier, les immeubles qu'il s'agit d'affecter, l'acte constitutif de l'hypothèque doit déclarer spécialement la nature et la situation de chacun de ces immeubles. Art. 2129. En d'autres termes, il doit les désigner, séparément et individuellement, par leur nature de bâtiment, terre, pré, vigne, bois, etc., en indiquant la commune et, autant que possible, la partie du territoire de la commune où chacun d'eux est situé.

Cette règle doit, même au cas d'une constitution hypothécaire faite conformément à l'art. 2130, recevoir son application quant aux immeubles présents ; mais elle est, par la force même des choses, étrangère aux immeubles à venir.

[57] La rédaction de l'art. 2132 laisse à désirer sous le rapport de la clarté, et présente même une incorrection, en ce qu'elle assimile les obligations conditionnelles aux obligations indéterminées dans leur valeur, alors qu'une obligation, quoique conditionnelle, peut avoir pour objet une somme d'argent fixe et déterminée ; mais la pensée de la loi ressort, malgré cela, avec certitude, de l'ensemble des dispositions de cet article. Cette pensée est celle-ci : l'acte constitutif de l'hypothèque devrait, pour répondre complétement aux exigences du principe de la spécialité, indiquer toujours, d'une manière précise, la somme ou valeur pour laquelle l'hypothèque est consentie. Mais, comme cette condition est impossible à remplir directement pour les obligations de faire ou de ne pas faire, et pour toutes celles dont la valeur est indéterminée, il n'y avait, en ce qui les concerne, que deux partis à prendre : c'était, ou d'imposer aux contractants la nécessité de convenir d'une évaluation dans l'acte de constitution, ou de laisser au créancier le soin de faire cette évaluation dans l'inscription, sauf au débiteur à en demander la réduction, si elle lui paraissait excessive. C'est ce dernier parti que le législateur a adopté. Cpr. § 274. Pont, nos 702 et suiv.

A défaut d'une désignation spéciale donnée dans la forme qui vient d'être indiquée, la constitution d'hypothèque devrait être déclarée nulle, dans le cas même où l'affectation porterait sur tous les immeubles que le débiteur possède dans telle ou telle commune : une désignation collective de la nature ou de la situation de ces immeubles ne suffirait pas à la réalisation complète du principe de la spécialité, et ne remplirait par conséquent pas le vœu de la loi[58].

[58] L'art. 4 de la loi du 11 brumaire an VII, qui portait simplement : « Toute « stipulation d'hypothèque doit indiquer *la nature et la situation des immeubles* « *hypothéqués*, » n'excluait pas d'une manière formelle les désignations collectives de ces immeubles. Mais, en ajoutant à ce texte, dans l'art. 2129, les mots *spécialement* et *chacun*, et surtout en le faisant suivre de cette disposition : « Chacun « de tous ses biens présents peut être *nominativement* soumis à l'hypothèque, » les rédacteurs du Code ont évidemment exigé une désignation séparée et individuelle des immeubles affectés. D'un autre côté, ils ont subordonné à l'observation de cette formalité, la validité de toute constitution d'hypothèque. Malgré cela, la jurisprudence et la plupart des auteurs admettant, pour l'application de l'art. 2129, une distinction entre le cas où le débiteur n'entend hypothéquer que quelques-uns des immeubles qu'il possède actuellement, et celui où il affecte tous ses immeubles présents, se contentent, au dernier cas, d'une désignation collective. Toutefois, les partisans de ce système sont en désaccord sur le point de savoir si, dans la dernière de ces hypothèses, il est indispensable d'indiquer, au moins en termes généraux, que les immeubles grevés consistent en bâtiments, terres, prés, vignes, etc., ou s'il suffit de les désigner par la seule indication de leur situation dans telle commune, ou dans tel arrondissement. Voy. pour la première solution : Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 6, n° 64 ; Persil, sur l'art. 2129, n° 4 ; Dalloz, *Rép.*, v° Privil. et Hypoth., n° 1294 ; Duranton, XX, 371 ; Civ. cass., 23 août 1808, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, 1, 571 ; Aix, 30 août 1809, Sir., 10, 2, 82 ; Civ. cass., 20 février 1810, Sir., 10, 1, 178 ; Bordeaux, 17 août 1814, Sir., 15, 2, 147 ; Civ. rej., 16 août 1815, Sir., 15, 1, 368 ; Angers, 16 août 1826, Sir., 26, 2, 322 ; Poitiers, 6 avril 1827, Sir., 27, 2, 155 ; Req. rej., 19 février 1828, Sir., 28, 1, 354 ; Civ. rej., 26 avril 1852, Sir., 52, 1, 513 ; Req. rej., 12 mars 1867, Sir., 67, 1, 221. Voy. pour la seconde solution : Grenier, I, 71 ; Troplong, 536 *bis* ; Civ. rej., 6 mars 1820, Sir., 20, 1, 173 ; Req. rej., 28 août 1821, Sir., 21, 1, 420 ; Riom, 15 avril 1826, Sir., 28, 2, 188 ; Grenoble, 27 juillet 1829, Dalloz, 1830, 2, 120 ; Bourges, 23 avril 1841, Sir., 42, 2, 585 ; Nancy, 30 mai 1843, Sir., 43, 2, 547. La doctrine qui regarde comme suffisante une désignation collective, lorsque le débiteur déclare hypothéquer tous les immeubles qu'il possède dans telle commune, ou dans tel arrondissement, se fonde sur ce qu'en pareil cas toute confusion est impossible, et qu'ainsi l'indication spéciale de chacun des immeubles affectés devient sans objet. Mais, à notre avis, cette doctrine est aussi contraire à l'esprit de la loi qu'au texte formel de l'art. 2129. Le principe de la

Toutefois, s'il s'agissait d'hypothéquer un domaine, par exemple une métairie, connu sous une dénomination spéciale, il suffirait de le désigner par ce nom, avec indication de la commune où il est situé[59].

spécialité a été introduit dans le triple but : 1° de prémunir le débiteur contre la facilité avec laquelle il pourrait se laisser entraîner à consentir des hypothèques trop étendues, qui épuiseraient sans nécessité son crédit ; 2° de prévenir les entraves que de pareilles hypothèques apporteraient à la libre transmission des biens ; 3° de rendre la publicité des hypothèques aussi complète que possible. Or, permettre au débiteur d'affecter, par une constitution faite d'une manière générale, tous les immeubles qu'il possède actuellement dans une ou plusieurs communes, ou même dans un ou plusieurs arrondissements, n'est-ce pas précisément l'exposer au danger dont le législateur a voulu le préserver ? N'est-ce pas aussi faire revivre, du moins partiellement, au préjudice de l'intérêt public, les inconvénients des hypothèques générales ? Et ne doit-on pas reconnaître, à l'un et à l'autre de ces points de vue, que de pareilles formules de constitution hypothécaire ne sauraient remplir le vœu de la loi ? Enfin, les inscriptions contenant des désignations simplement collectives ne procureraient qu'une publicité incomplète, en ce que, à elles seules, elles ne suffiraient pas à faire connaître la situation hypothécaire du débiteur, et que, pour savoir si tels ou tels de ses immeubles sont encore libres, les tiers seraient obligés de rechercher, en dehors du registre des inscriptions, les dates des acquisitions successives qu'il a pu faire. D'où la conséquence que, sous ce rapport encore, le but de la loi ne serait pas complétement atteint. Du reste, si une désignation collective des immeubles hypothéqués pouvait être considérée comme suffisante, par le motif qu'elle exclut toute possibilité d'erreur ou de confusion de la part des tiers, il n'y aurait plus de raison sérieuse pour exiger, outre l'indication de la situation des biens, celle de leur nature de bâtiments, terres, prés, etc., puisque cette dernière indication se trouve implicitement comprise dans la formule par laquelle le débiteur déclare affecter tous les immeubles sans distinction qu'il possède actuellement dans telle commune ou dans tel arrondissement, et ne fournit aux tiers aucun renseignement nouveau. Mais cette conséquence même, si manifestement contraire à la disposition irritante de l'art. 2129, et devant laquelle la Cour de cassation semble reculer, est une preuve nouvelle de l'erreur où l'on tombe quand, dans l'examen de la question qui nous occupe, on ne tient compte que de la position des tiers acquéreurs ou créanciers. Voy. dans le sens de notre opinion : Pont, n° 674. Cpr. Zachariæ, § 266, texte et note 21, et § 278, texte et note 12.

59 L'exploitation commune à laquelle sont soumis tous les immeubles composant un domaine, en forme comme un seul fonds (*universitas facti*), qui est suffisamment désigné par sa situation et le nom sous lequel il est connu. Arg. Code de proc., art. 64. Merlin, *Quest.*, v° Inscr. hyp., § 12. Grenier, I, 71. Dalloz, *Rép.*, v° Priv. et Hyp., n°s 1290 et 1292. Zachariæ, § 266, note 21. Req. rej., 15 juin 1815, Sir., 1, 348. Riom, 14 février 1816, Sir., 17, 2,

La loi n'ayant pas déterminé les éléments ou indications qui doivent entrer dans la désignation de la nature et de la situation de chacun des immeubles hypothéqués, il appartient aux tribunaux de décider, par appréciation de l'ensemble des énonciations de l'acte constitutif de l'hypothèque et des circonstances de la cause, si, quant à tel ou tel des immeubles hypothéqués, la désignation est suffisamment précise pour écarter toute erreur ou confusion[60]. C'est ainsi que la désignation des immeubles hypothéqués peut être déclarée suffisante, malgré le défaut d'indication de la commune où ils sont situés, ou l'erreur commise dans le nom de cette commune[61].

Il appartient également aux tribunaux de décider en fait si une constitution d'hypothèque, d'ailleurs régulière en la forme, comprend ou non tel ou tel des immeubles du débiteur[62].

Le vice résultant du défaut de spécialité d'une constitution hypothécaire, peut être relevé par le débiteur lui-même ou ses héritiers, comme par les tiers[63]; et il n'est pas susceptible d'être réparé

205. Civ. rej., 1er avril 1817, Sir., 17, 1, 348. Req. rej., 10 février 1829, Dalloz, 1829, 1, 144. Cpr. aussi : Civ. rej., 24 janvier 1825, Sir., 26, 1, 38. Voy. cep. Bordeaux, 17 août 1814, Sir., 15, 2, 147; Paris, 6 mars 1815, Sir., 16, 2, 329.

60 Pont, n° 675. Civ. rej., 16 août 1815, Sir., 18, 1, 145. Civ. rej., 15 février 1836, Sir., 36, 1, 471. — Il faut se garder de confondre la question indiquée au texte, avec celle de savoir si une constitution hypothécaire répond, sous le rapport de la spécialité, aux prescriptions de l'art. 2129. Cette dernière, d'où dépend la validité même de la constitution, n'est pas, comme la première, une simple question de fait, mais une véritable question de droit : elle doit être décidée par application des dispositions de l'article précité, qui a posé et organisé le principe de la spécialité. La confusion que nous signalons, se rencontre cependant dans la plupart des arrêts cités à la note 58 *supra*.

61 Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 6, n° 62. *Dissertation*, Sir., 13, 2, 177. Zachariæ, § 266, note 21, *in fine*. Aix, 13 novembre 1812, Sir., 13, 2, 187. Civ. rej., 25 novembre 1813, Sir., 14, 1, 44. Req. rej., 6 février 1821, Sir., 21, 1, 419. Grenoble, 10 juillet 1823, Sir., 24, 2, 79. Nancy, 28 avril 1826, Sir., 27, 2, 230. Req. rej., 14 juin 1831, Sir., 31, 1, 357. Bordeaux, 6 mai 1848, Sir., 49, 2, 609. Voy. aussi : Lyon, 27 mars 1832, Sir., 33, 2, 282.

62 Req. rej., 6 avril 1841, Sir., 41, 1, 634. Req. rej., 8 avril 1844, Dalloz, *Rép.*, v° Priv. et Hyp., n° 1295.

63 Grenier, I, 65. Troplong, II, 515. Bourges, 17 janvier 1816, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 95. La Cour de Toulouse (6 mars 1819, Dev. et Car., *op. cit.*, VI, 2, 38) a cependant jugé que la nullité dont il s'agit ne pouvait être opposée que par les tiers. Mais, en faisant ainsi de la spécialité une simple condition ou un pur élément de publicité, elle a méconnu l'objet et la portée de ce principe.

ou couvert au moyen d'une désignation spéciale insérée dans l'inscription[64].

Il en est autrement d'une désignation simplement insuffisante des immeubles compris dans une constitution d'ailleurs spéciale. Cette défectuosité, dont le débiteur lui-même ne serait pas admis à prévaloir pour demander la nullité de la constitution, peut être réparée, quant aux tiers, à l'aide d'indications plus complètes ou plus précises données dans l'inscription[65].

4. *Des obligations pour sûreté desquelles l'hypothèque peut être consentie.*

Toute constitution d'hypothèque suppose une obligation valable et civilement efficace. L'annulation ou la rescision de l'obligation ferait tomber l'hypothèque consentie pour la garantir. Art. 2180, n° 1, cbn. 1234.

L'hypothèque peut être établie pour sûreté de toute espèce d'obligations, quelles qu'en soient la nature et les modalités. Ainsi, elle peut être attachée à une obligation conditionnelle, ou même simplement éventuelle, et notamment à celle qui résultera d'un prêt à effectuer, ou de la réalisation d'une ouverture de crédit[66].

Lorsqu'un crédit n'a été limité que quant à la somme pour laquelle il est accordé, l'hypothèque garantit cette somme jusqu'à

[64] Zachariæ, § 266, texte et note 20. Civ. cass., 23 août 1808, Sir., 8, 1, 489. Civ. cass., 20 février 1810, Sir., 10, 1, 178. Civ. rej., 26 avril 1852, Sir., 52, 1, 513. Cpr. cep. Lyon, 27 mars 1832, Sir., 33, 2, 282.

[65] Cpr. Grenier, I, 86; Zachariæ, § 266, texte et note 22; Pau, 23 août 1834, Sir., 35, 2, 120.

[66] Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 3, n° 2. Persil, *Quest. hyp.*, I, ch. IV. Toullier, VI, 546. Grenier, I, 26. Troplong, II, 480. Duranton, XIX, 244. Championnière et Rigaud, *Des Droits d'enregistrement*, II, 934. Pont, *Revue critique*, 1858, XII, p. 193 et suiv. Doublet, *Revue pratique*, 1859, VII, p. 191 et suiv. Zachariæ, § 266, texte et note 31. Rouen, 24 avril 1812, Sir., 13, 2, 370. Caen, 11 août 1812, Sir., 13, 2, 128. Rouen, 9 mars 1830, Sir., 31, 2, 245. Voy. aussi les arrêts cités à la note 71 *infra*. — On avait voulu soutenir le contraire, en disant que celui à qui une avance a été promise demeurant libre de l'accepter ou de la refuser, son obligation est nulle comme dépendant d'une condition potestative. Voy. en ce sens : Delvincourt, III, p. 298; Battur, II, p. 263; Colmar, 18 avril 1806, Sir., 6, 2, 981. Mais cette opinion, qui ne reposait que sur une application manifestement fausse de l'art. 1174, n'a pas prévalu.

concurrence des avances réellement effectuées, à quelque époque d'ailleurs qu'elles aient eu lieu.

Lors, au contraire, qu'un crédit ouvert par compte courant a été limité, non-seulement quant à la somme pour laquelle il est accordé, mais encore quant à sa durée, l'hypothèque ne garantit que le solde du compte arrêté, réellement ou fictivement, au terme fixé par l'acte d'ouverture. Si le compte avait été continué au delà de ce terme, le solde définitif ne serait assuré hypothécairement que jusqu'à concurrence de la somme dont le créditeur se trouvait créancier au jour primitivement fixé pour la clôture du compte[67]. Mais aussi l'hypothèque couvrirait-elle cette somme, sans que les tiers fussent admis à prétendre, sous couleur de compensation ou d'imputation de paiements, que, le solde au jour fixé pour la clôture du compte s'étant ultérieurement, et à un moment donné, trouvé nivelé ou réduit, l'hypothèque avait été atteinte ou réduite avec la dette elle-même[68].

Les parties sont libres de régler, comme elles l'entendent, l'emploi du crédit ouvert. Elles peuvent notamment convenir que le crédit sera appliqué au paiement d'une dette antérieure du crédité, soit envers le créditeur lui-même, soit envers un tiers ; et il n'appartiendrait pas à d'autres créanciers hypothécaires ou aux tiers-détenteurs des biens hypothéqués, de critiquer un pareil mode d'emploi du crédit[69].

[67] Si la prorogation du crédit, qui est dans le droit des parties, doit produire entre elles tous ses effets, et si, par suite, le créditeur doit, malgré les fluctuations du compte courant, être considéré comme créancier, en vertu de l'ouverture de crédit, du reliquat tel qu'il ressortira de la clôture réelle et définitive du compte, il est évident que cette prorogation ne saurait avoir pour résultat de grever, au préjudice des tiers, la situation hypothécaire du débiteur au delà de ce qu'elle eût présenté, si le compte avait été arrêté au jour indiqué, dans l'inscription, pour sa clôture. Pont, *op. cit.*, p. 198 et suiv., n° 4. Civ. cass., 22 mars 1852, Sir., 52, 1, 308. Paris, 21 décembre 1852, Sir., 53, 2, 5.

[68] Il est, en effet, de principe constant, que les règles ordinaires sur la compensation et l'imputation des paiements ne sont point applicables en matière de compte courant, et que, jusqu'à la clôture définitive du compte, il n'existe que des balances ou soldes provisoires. Pont, *op. cit.*, p. 201 et suiv., n° 5. Paris, 21 décembre 1852, Sir., 53, 2, 6. Cpr. aussi : Req. rej., 11 décembre 1848, Sir., 49, 1, 115; et l'arrêt de cassation cité à la note précédente.

[69] Pont, *op. cit.*, p. 202 et 203, n° 6. Aix, 29 mai 1841, Sir., 41, 2, 520. Caen, 24 mai 1842, Sir., 42, 2, 488. Nîmes, 3 août 1854, Sir., 55, 1, 769. Rouen, 3 août 1864, Sir., 66, 2, 127. Cpr. Req. rej., 2 juin 1863, Sir., 63, 1, 335.

La réalisation du crédit n'a pas besoin d'être établie par des actes authentiques. Les avances ou versements faits par le créditeur peuvent être prouvés à l'aide de simples actes sous seing privé, ou de la correspondance des parties, ou même, s'il s'agit de relations entre commerçants, par leurs livres de commerce[70].

L'hypothèque stipulée pour sûreté d'un crédit ouvert, prend rang du jour de son inscription, et non pas seulement du jour des avances faites au crédité[71].

[70] Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 3, n° 1. Troplong, II, 477 et 508. Pont, *op. cit.*, p. 203 et suiv., n° 7. Doublet, *op. cit.*, p. 201 et 202. Zachariæ, § 266, note 31. Douai, 17 décembre 1833, Sir., 34, 2, 279. Aix, 29 août 1841, Sir., 41, 2, 520. Poitiers, 9 janvier 1844, Dalloz, *Rép.*, v° Priv. et Hyp., n° 1323. Cpr. texte n° 2 *supra*.

[71] Dans nos deux premières éditions, nous avions, avec d'imposantes autorités, professé l'opinion contraire, fondée sur ce que le crédité ne devant se trouver engagé que par la réalisation successive du crédit, l'effet de l'hypothèque ne pouvait, pour chacun des versements effectués par le créditeur, remonter au delà du jour où ils ont eu lieu. Un nouvel examen de la question nous a portés à abandonner cette manière de voir dans notre troisième édition. Il est vrai que la convention d'ouverture de crédit n'engendre, par elle-même, aucune obligation, même simplement conditionnelle, à la charge du crédité, et que jusqu'à la réalisation du crédit il ne saurait être question que d'une obligation éventuelle. Mais les obligations de cette nature peuvent, dès avant leur formation, faire l'objet d'une garantie hypothécaire comme d'un cautionnement personnel, et rien ne s'oppose en droit à ce que, conformément à la disposition générale de l'art. 2134, l'on s'attache, pour la fixation du rang du créancier, à la date de l'inscription, et non pas seulement à celle des versements successifs par lui effectués. La loi elle-même admet, pour les hypothèques légales, que l'effet en remonte à une date antérieure à la naissance des créances qu'elles sont destinées à garantir; et il est évident que, dans l'intention commune des parties, l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert doit prendre rang du jour de l'inscription, car autrement elle n'offrirait qu'une garantie illusoire, ou tout au moins incertaine. Or, il y a d'autant plus de raison de se conformer à l'intention des parties, que les tiers sont mis en garde par l'inscription, et qu'il importe, dans l'intérêt du commerce et des transactions en général, d'encourager les ouvertures de crédit, en permettant de les entourer de garanties solides. Nous ajouterons que l'ouverture d'un crédit n'est pas, comme le prêt ordinaire, une convention simplement unilatérale; elle participe de la nature des contrats synallagmatiques, en ce que le créditeur est obligé de tenir les fonds à la disposition du crédité, et que l'obligation pour ce dernier de rembourser les sommes qui lui seront avancées, est le corrélatif et forme la cause de la promesse du créditeur. A ce point de vue, il est tout naturel que l'existence de l'hypothèque constituée par le crédité, remonte au jour même de la convention, et

Lorsque, en vertu de la convention d'ouverture de crédit, le crédité a souscrit des effets de commerce, l'hypothèque par lui constituée s'attache à ces effets, et passe avec eux à la personne des porteurs successifs, par le seul fait des endossements ; et, en pareil cas, tous les tiers porteurs de ces effets ont droit d'être colloqués concurremment et à la date même de l'inscription, sans égard à la date des endossements respectifs[72].

5. *De la modalité de la constitution hypothécaire.*

La constitution d'hypothèque est, comme toute autre convention, susceptible des modalités sous lesquelles les parties jugent convenable de la stipuler et de la consentir. L'effet de l'hypothèque peut donc être limité à un certain temps, et son existence même être subordonnée à une condition[73].

La loi déclare cependant nulle et non avenue la clause par laquelle le créancier serait autorisé à faire procéder, en cas de non-paiement, à la vente des immeubles hypothéqués, sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière. Code de procédure, art. 742.

Mais on ne devrait pas assimiler à cette clause, dite *de voie parée*, la vente conditionnelle de l'immeuble hypothéqué que le débi-

qu'elle garantisse au créditeur, à partir de ce jour, le remboursement de la créance éventuelle qui naîtra de l'accomplissement de sa propre obligation, actuellement exigible. Aussi est-ce ainsi que la question a été résolue par l'art. 4 de la loi du 10 juin 1853, relative aux sociétés de crédit foncier. Voy. en ce sens : Grenier, I, 296 ; Persil, sur l'art. 2114, n° 3; Pardessus, *Cours de Droit commercial*, IV, 1137 ; Pont, *op. cit.*, p. 206 et suiv., n° 8 ; Doublet, *op. cit.*, p. 199 à 201 ; Demolombe, XXV, 392 et 394; Zachariæ, § 266, note 23 ; Observations de la Faculté de droit de Strasbourg (*Doc. hyp.*, III, p. 346); Liége, 28 juin 1823, Sir., 23, 2, 348; Req. rej., 10 août 1831, Sir., 31, 1, 371 ; Douai, 17 décembre 1833, Sir., 34, 2, 279; Paris, 20 août 1841, Sir., 41, 2, 541 ; Paris, 30 mars 1842, Sir., 43, 2, 113; Besançon, 30 novembre 1848, Sir., 48, 2, 729; Civ. cass., 21 novembre 1849, Sir., 50, 1, 91 ; Req. rej., 8 mars 1852, Sir., 55, 1, 214; Rouen, 3 août 1864, Sir., 66, 2, 127. Voy. en sens contraire : Basnage, *Des hypothèques*, ch. I, sect. 3; Toullier, VI, 546; Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 3, n° 2; Troplong, II, 479 et 480; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, II, 934.

[72] Colmar, 30 décembre 1850 et 29 mars 1852, Sir., 54, 2, 487.

[73] Zachariæ, § 266, texte et note 32. Cpr. Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 14; Civ. cass., 5 décembre 1809, Sir., 10, 1, 89.

teur aurait consentie au créancier, quoique dans l'acte même de prêt, pour le cas de non-remboursement de la somme empruntée au terme à ce fixé. Une pareille vente est, en principe, à considérer comme valable, peu importe que le prix doive être déterminé par experts convenus entre les parties ou à désigner par le juge, ou qu'il ait été fixé dans l'acte même de prêt[74]. Seulement au dernier cas, la convention pourrait-elle être annulée, s'il apparaissait d'après les circonstances, et notamment à raison de l'infériorité du prix, qu'elle a été le résultat d'une pression illégale exercée par le prêteur contre l'emprunteur[75].

CHAPITRE IV.

De l'inscription des priviléges et des hypothèques.

§ 267.

Généralités sur l'inscription.

L'inscription est le moyen établi par la loi pour réaliser le principe de la publicité des priviléges et des hypothèques. Elle consiste dans la déclaration ou description de ces droits sur les registres de la conservation des hypothèques.

L'efficacité, à l'égard des tiers, des hypothèques et des priviléges sur les immeubles[1], est, en général[2], subordonnée à l'existence d'une inscription régulière, prise en temps utile, et dûment renouvelée. Art. 2106, 2134, 2166 et 2154.

Par *tiers*, on entend en cette matière, non-seulement les acquéreurs des immeubles grevés, et les autres créanciers hypothécaires ou privilégiés du débiteur commun, mais encore ses créanciers simplement chirographaires. Un créancier, quoique pourvu d'une hypothèque ou d'un privilége, ne peut donc, en l'absence d'une inscription valable, ni suivre, par voie de poursuite hypothécaire,

[74] Troplong, *De la vente*, I, 77. Duvergier, *De la vente*, I, 119. Toulouse, 16 mars 1812 et 1er mars 1822, Sir., 24, 2, 14 et 15. Montpellier, 26 juillet 1833, Sir., 34, 2, 29. Montpellier, 6 mars 1840, Sir., 40, 2, 531. Civ. cass., 1er juillet 1844, Sir., 45, 1, 17. Req. rej., 26 février 1856, Sir., 56, 1, 667.

[75] Cpr. Troplong et Duvergier, *locc. citt.*

[1] Les priviléges sur les meubles ne sont point assujettis à l'inscription. Arg. art. 2106.

[2] Voy. au § 269 les exceptions que reçoit ce principe.

les immeubles grevés entre les mains des tiers acquéreurs, ni réclamer, sur le prix de ces immeubles, un droit de préférence au détriment d'autres créanciers, même purement chirographaires[3].

Mais, en ce qui concerne le débiteur du chef duquel procède l'hypothèque ou le privilége, et ses héritiers ou successeurs universels, l'effet de ces droits est indépendant de l'inscription, dont la nécessité n'est imposée que dans l'intérêt de tiers[4]. Il en résulte que le débiteur ne peut, ni attaquer une inscription comme vicieuse ou incomplète[5], ni se prévaloir du défaut de renouvellement d'une inscription prise contre lui[6]. Spécialement, le débiteur qui, après avoir aliéné l'immeuble hypothéqué, aurait, à son tour, obtenu de l'acquéreur une hypothèque sur cet immeuble, ne serait pas admis à exciper du défaut de renouvellement des inscriptions prises contre lui, pour faire valoir cette hypothèque au détriment de ses propres créanciers hypothécaires[7]. Il résulte également de la proposition ci-dessus énoncée, que le créancier ayant hypothèque du chef de son débiteur défunt, peut, sans avoir pris inscription, et malgré le principe de la division des dettes entre les héritiers du débiteur, poursuivre, pour le total de sa créance, l'héritier détenteur de l'immeuble ou de l'un des immeubles hypothéqués[8].

[3] Arg. art. 2093. Le privilége ou l'hypothèque ne constitue une cause légitime de préférence, qu'autant que le créancier qui veut s'en prévaloir, a rempli les formalités prescrites par la loi pour l'efficacité de pareils droits. D'un autre côté, les créanciers, même simplement chirographaires, ne sont plus les ayants-droit du débiteur, mais de véritables tiers, en tant qu'ils contestent l'exercice d'une cause quelconque de préférence. Cpr. § 756, texte n° 2, lett. *d*. Aussi les propositions énoncées au texte sont-elles généralement admises. Tarrible, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 2. Delvincourt, III, p. 314. Persil, sur l'art. 2134, n° 1. Grenier, I, 60. Troplong, II, 568. Pont, n° 729. Flandin, *De la transcription*, II, 1539. Zachariæ, § 280, texte et note 1re. Req. rej., 19 décembre 1809, Sir., 10, 1, 101. Civ. rej., 11 juin 1817, Sir., 18, 1, 41.

[4] Grenier, I, 66. Battur, III, 383. Troplong, II, 567. Pont, n° 730. Zachariæ, § 267, texte et note 4. Civ. cass., 16 avril 1839, Sir., 39, 1, 511.

[5] Merlin, *Quest.*, v° Inscr. hyp., § 1, *in fine*. Zachariæ, *loc. cit.* Besançon, 22 juin 1809, Sir., 13, 2, 318. Paris, 16 mai 1822, Sir., 22, 2, 381.

[6] Voy. l'arrêt de cassation cité à la note 4 *supra*.

[7] Req. rej., 24 juillet 1855, Dalloz, 1855, 1, 396.

[8] Art. 1221, n° 1. Zachariæ, *loc. cit.* Cpr. § 215, texte, lett. *C*, n° 2, et note 64.

La connaissance personnelle que des tiers auraient obtenue, par une voie quelconque, de l'existence d'un privilége ou d'une hypothèque, ne saurait suppléer à l'inscription, seul mode ou instrument légal de publicité. Les tiers acquéreurs ou créanciers sont donc admis, sauf les cas de dol ou de fraude, et sauf encore engagement contraire, à se prévaloir de l'absence de toute inscription, ou du défaut de renouvellement de l'inscription, sans qu'on puisse leur opposer la connaissance qu'ils avaient obtenu de l'hypothèque, avant d'avoir traité avec le débiteur[9].

L'inscription suppose une hypothèque ou un privilége valablement acquis. Les omissions ou les vices qui se rencontreraient dans l'acte constitutif de ces droits, ne sont pas susceptibles d'être réparés au moyen d'une inscription régulière[10]. Réciproquement, une inscription incomplète ou vicieuse ne pourrait être validée par le motif que l'acte d'où résulte le privilége ou l'hypothèque, contiendrait toutes les énonciations exigées par la loi.

§ 268.

Des fonctionnaires chargés de procéder à l'inscription. — Notions générales sur les attributions et la responsabilité des conservateurs des hypothèques.

La tenue des registres destinés, tant à l'inscription des priviléges et hypothèques, qu'à la transcription des actes ou jugements sujets à cette formalité, et des procès-verbaux de saisie immobilière, est confiée des fonctionnaires publics, appelés conservateurs des hypothèques[1].

[9] Troplong, II, 569. Pont, n° 728. Paris, 21 juillet 1807, Sir., 7, 2, 179. Bruxelles, 6 juin 1809, Sir., 14, 2, 62. Cpr. Req. rej., 7 décembre 1831, Sir., 33, 1, 315. La critique que M. Pont (*loc. cit.*) fait de cet arrêt, ne nous paraît pas fondée. La Cour de cassation n'a pas admis, comme il semble le croire, que l'inscription pût être suppléée par la simple connaissance que les tiers auraient acquise de l'hypothèque ; elle a pensé que la Cour, dont l'arrêt lui était déféré, avait pu faire ressortir, des faits personnels au demandeur en cassation lui-même, une fin de non-recevoir, qui ne lui permettait pas d'exciper du défaut d'inscription.

[10] Tarrible, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 8, n° 12. Voy. aussi dans ce sens les arrêts cités à la note 64 du § 266.

[1] Voy. sur l'institution des conservateurs des hypothèques : Édit de mars 1673; Édit de juin 1771 ; Loi des 27 janvier-4 février 1791 ; Loi du 9 messi-

Ces fonctionnaires sont tenus de fournir un cautionnement en immeubles, qui doit être reçu par le tribunal civil de la situation des biens, contradictoirement avec le procureur impérial. Ce cautionnement est spécialement et exclusivement affecté à la responsabilité qu'ils peuvent encourir dans l'exercice de leur charge. Loi du 21 ventôse an VII, art. 5 à 8. Bien que l'art. 7 de cette loi impose au conservateur l'obligation de procéder à l'inscription de son cautionnement, l'efficacité de cette affectation est indépendante, tant en ce qui concerne le droit de préférence, que relativement au droit de suite, de l'accomplissement de cette formalité [2].

Il existe un bureau des hypothèques par chaque arrondissement communal. Il est établi dans la ville où siége le tribunal de première instance [3]. Loi du 21 ventôse an VII, art. 2. La compétence des conservateurs, en ce qui concerne leurs diverses attributions, se détermine par la situation des immeubles au sujet desquels il s'agit d'effectuer une inscription ou une transcription. Elle s'applique, pour chaque conservateur, à tous les immeubles situés dans l'arrondissement de sa résidence, sans jamais pouvoir s'étendre au-delà. Les formalités d'inscription ou de transcription relatives à des actions immobilisées de la Banque de France, s'accomplissent à Paris, où se trouve le siége de la Banque [4].

En cas d'absence ou d'empêchement, le conservateur est suppléé par le vérificateur ou l'inspecteur de l'enregistrement, et, à leur défaut, par le plus ancien surnuméraire du bureau. Il demeure

dor an III; Loi du 21 ventôse an VII. Cette dernière loi, qui est intitulée *Loi relative à l'organisation de la conservation des hypothèques,* forme encore aujourd'hui, avec les art. 2196 à 2203 du Code Napoléon, la législation sur la matière. — Voy. pour les salaires dus aux conservateurs des hypothèques : Loi du 21 ventôse an VII, art. 15; Décret du 21 septembre 1810; Ordonnance du 10 octobre 1841, et Décret du 21 novembre 1855. — Voy. aussi sur la forme dans laquelle les conservateurs sont admis à se défendre en justice, suivant les différentes hypothèses dans lesquelles ils peuvent être actionnés : Décision des ministres de la justice et des finances du 2 décembre 1807, Sir., 8, 2, 3; Grenier, II, 536; Bruxelles, 11 juin 1812, Sir., 13, 2, 218.

[2] Nous adoptons pleinement à cet égard l'opinion développée par M. Flandin, *Revue critique,* 1866, XXIX, p. 42.

[3] Dans le département de la Seine, où il n'existe qu'un seul tribunal de première instance, il a été établi trois bureaux de conservation des hypothèques, l'un pour la ville de Paris, un autre pour l'arrondissement de Saint-Denis, et le troisième pour l'arrondissement de Sceaux.

[4] Delvincourt, III, p. 352. Cpr. § 174 *bis,* texte et note 10.

garant de cette gestion[5], sauf son recours contre ceux qui l'ont remplacé. Loi du 21 ventôse an VII, art. 12. Le conservateur devrait, pour la bonne règle, se faire remplacer par l'un de ces fonctionnaires, toutes les fois qu'il est question, soit d'inscriptions à prendre à son profit personnel, soit de la délivrance d'états ou d'extraits des inscriptions existant à sa charge ou des transcriptions faites sur lui-même. Toutefois, comme aucune loi ne lui prescrit formellement de s'abstenir en pareil cas, et ne le déclare incapable de fonctionner, on ne pourrait déclarer nuls ou inefficaces, ni les inscriptions prises par un conservateur sur lui-même[6] ou à son profit[7], ni même les états ou extraits par lui délivrés des inscriptions existant à sa charge ou des transcriptions opérées sur lui-même[8].

[5] Bordeaux, 21 juin 1813, Sir , 15, 2, 115.

[6] En imposant au conservateur l'obligation de prendre inscription sur son cautionnement, l'art. 7 de la loi du 21 ventôse an VII reconnaît que rien ne s'oppose à ce que le conservateur opère une inscription sur lui-même. Aussi ce point est-il généralement admis. Persil, sur l'art. 2196, n° 6. Duranton, XX, 139. Paris, 13 novembre 1811, Sir., 12, 2, 16.

[7] Duranton, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2195, n° 5. D'après cet auteur, l'inscription opérée par le conservateur dans son propre intérêt devrait rester sans effet, puisque, par cette inscription, il se décerne un titre à lui-même, ce qui ne saurait être admis. Cette manière de voir est contraire au véritable caractère de l'inscription hypothécaire, qui n'est point un titre dans le sens propre du mot, et n'a d'autre objet que de porter l'hypothèque à la connaissance du public. D'ailleurs, de deux choses l'une : ou l'inscription aura été faite sans droit, ou sans les énonciations requises par la loi, et alors elle tombera ; ou elle sera fondée sur un titre valable, et réunira tous les éléments nécessaires, et dans ce cas, le but de la loi aura été complétement rempli.

[8] Cette question, nous le reconnaissons, est beaucoup plus délicate que celle qui fait l'objet de la note précédente. Nous estimons : 1° que le tiers qui, ayant acheté des immeubles hypothéqués du chef d'un conservateur des hypothèques, a payé son prix sur le vu d'un état des inscriptions délivré par ce conservateur lui-même, peut, malgré cette circonstance, invoquer le bénéfice de l'art. 2198 ; 2° que la délivrance par le conservateur d'un extrait incomplet des inscriptions prises sur lui-même, constitue de sa part un fait de charge, à raison duquel les tiers, induits en erreur par cet extrait, peuvent agir sur le cautionnement, et, le cas échéant, contre les cautions personnelles du conservateur. Mais ces solutions, dont la seconde cependant a été consacrée par un arrêt de la Cour royale de Paris du 31 août 1837, Sir., 39, 2, 515, sont repoussées par la généralité des auteurs, qui refusent tout caractère officiel et toute efficacité à l'extrait hypothécaire que le conservateur aurait délivré sur lui-même. Voy. Delvincourt, III,

Les registres dont la tenue est prescrite aux conservateurs des hypothèques sont, d'une part, le registre d'ordre ou de remises de pièces, et d'autre part, les registres dits *de forme*, c'est-à-dire le registre des inscriptions, celui des transcriptions, et celui qui est spécialement destiné à la transcription des procès-verbaux de saisie immobilière. Tous ces registres sont en papier timbré, cotés par première et dernière, et parafés à chaque page par l'un des juges du tribunal dans le ressort duquel le bureau est établi. Ils doivent être tenus sans aucun blanc ni interligne, et arrêtés chaque jour, comme ceux de l'enregistrement. Art. 2201 et 2203.

Les bureaux de la conservation des hypothèques doivent rester fermés, pour tout le monde, les dimanches et jours de fête légale. Il est défendu aux conservateurs de procéder, pendant ce temps, à des actes quelconques de leur ministère[9]. Cependant les inscriptions ou transcriptions opérées en contravention à cette défense, ne seraient point nulles pour cela[10].

p. 170; Grenier, II, 535; Battur, IV, 777; Duranton, XX, 139 et 431; Troplong, IV, 999. Voy. aussi dans le même sens : Paris, 22 janvier 1810, Sir., 12, 2, 14; Paris, 13 novembre 1811, Sir., 12, 2, 16. Cette doctrine, selon nous, a le tort de créer un empêchement ou une incapacité que le législateur n'a pas jugé nécessaire d'établir, et d'étendre les règles concernant la rédaction des actes authentiques, à des documents qui n'en comportent pas l'application. Le conservateur qui délivre un état des inscriptions prises sur lui-même, ne crée point à son profit un titre de nature à lui conférer un droit quelconque. Que si, dans cet état, il omet une ou plusieurs des inscriptions subsistant à sa charge, il commet sans doute une fraude dont il sera responsable; mais cette fraude n'empêchera pas qu'il n'ait agi dans l'exercice de ses fonctions, et n'inficiera pas, au préjudice d'un acquéreur de bonne foi, le caractère et l'effet légal de l'état par lui délivré. En supposant qu'il fût question d'un état des inscriptions prises, non sur le conservateur lui-même, mais contre sa femme, ou l'un de ses proches parents, on n'irait certainement pas jusqu'à refuser tout effet à cet état, par le seul motif qu'il aurait été délivré par le conservateur personnellement. Et cela ne prouve-t-il pas que la doctrine que nous combattons manque de base légale? Tout ce qu'il nous paraît possible d'admettre, c'est que les tribunaux pourraient refuser au tiers-acquéreur le bénéfice de la disposition de l'art. 2198, non-seulement en constatant l'existence d'un concert entre lui et le conservateur, mais même en déclarant simplement que, d'après l'ensemble des circonstances, il a commis une grave imprudence, en se contentant d'un état ou d'un extrait délivré par son vendeur.

[9] Instruction de la Régie du 22 décembre 1807, Sir., 9, 2, 224. Décision des ministres de la justice et des finances du 29 juillet 1808, Sir., 8, 2, 255.

[10] Zachariæ, § 268, note 5. Req. rej., 18 février 1808, Sir., 8, 1, 255.

Les conservateurs des hypothèques sont obligés d'inscrire sur le registre d'ordre, jour par jour, et par ordre numérique de présentation, les remises de bordereaux ou d'actes déposés par les personnes qui requièrent une inscription hypothécaire ou une transcription, et de délivrer à tout déposant, s'il l'exige, une reconnaissance sur papier timbré, contenant l'indication du numéro sous lequel a été inscrite la remise des pièces [11]. Ils ne peuvent opérer les inscriptions ou transcriptions qu'à la date et dans l'ordre des remises qui leur ont été faites. Art. 2200.

Les conservateurs des hypothèques sont tenus de procéder sans retard aux inscriptions ou transcriptions régulièrement requises. Art. 2199. Ils ne sont point juges de la valeur des actes ou titres qui leur sont présentés à l'appui de pareilles réquisitions, et ne pourraient, sous le prétexte, soit de l'irrégularité ou de la nullité de ces actes, soit de l'inutilité de la formalité, refuser d'opérer une inscription hypothécaire ou une transcription. Toutefois, si un conservateur avait refusé de formaliser une inscription dans un cas où le droit hypothécaire, prétendu par le requérant, était manifestement sans existence légale, il ne serait passible, ni de dommages-intérêts, ni même d'une peine disciplinaire [12].

En vertu de l'art. 2108, les conservateurs sont tenus d'inscrire d'office les créances privilégiées résultant des actes translatifs de propriété immobilière, présentés à la transcription [13]. L'art. 7 de la loi du 21 ventôse an VII et l'art. 7 de celle du 5 septembre 1807 leur imposent également l'obligation de prendre des inscriptions sur leurs propres biens, et sur ceux de certains comptables publics [14].

[11] Le conservateur est-il en droit d'exiger que le déposant reçoive la reconnaissance dont il s'agit, et en paie le timbre? Voy. pour l'affirmative : Troplong, IV, 1009; Baudot, I, 157.

[12] Pont, n° 1434. Agen, 6 août 1852, Sir., 52, 2, 428. Req. rej., 3 janvier 1853, Sir., 53, 1, 422.

[13] En matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, les conservateurs ne sont tenus, ni même autorisés, lors de la transcription du jugement d'expropriation, à prendre des inscriptions d'office, dans l'intérêt des propriétaires expropriés, pour les prix de cession qui seront ultérieurement fixés. De pareilles inscriptions entraîneraient des frais inutiles, et compliqueraient sans nécessité la procédure d'expropriation, telle que la loi du 3 mai 1841 l'a organisée. Civ. rej., 13 janvier 1847, Sir., 47, 1, 130. Req. rej., 22 mai 1854, Sir., 54, 1, 733.

[14] Le conservateur est-il obligé de renouveler, avant l'expiration de dix ans, les inscriptions d'office prises en vertu des dispositions indiquées au texte? Voy. § 280.

Les conservateurs sont chargés d'effectuer, sous les conditions déterminées par la loi, la radiation ou la réduction des inscriptions. Art. 2157 et suiv. [15].

Enfin, ils sont obligés de délivrer sans retard à tous ceux qui le requièrent, soit un état des transcriptions et mentions opérées sur leurs registres, ou des inscriptions qui s'y trouvent portées, soit un certificat constatant l'absence de transcriptions ou d'inscriptions. Art. 2196 et 2199. Loi du 23 mars 1855, art. 5.

Les réquisitions faites à cet effet doivent être présentées par écrit, à moins que le requérant ne déclare ne savoir signer, auquel cas le conservateur transcrit en tête de l'état ou du certificat qu'il délivre, les termes de la demande verbale [16]. Le requérant n'a pas besoin de justifier d'un intérêt légal. Il lui est loisible de restreindre sa demande aux objets ou de la renfermer dans les limites qu'il juge convenable ; et le conservateur ne pourrait l'obliger à recevoir un état plus étendu. C'est ainsi, par exemple, que le tiers acquéreur peut, en réclamant la délivrance d'un état hypothécaire, demander que cet état ne comprenne que les inscriptions existant sur tel immeuble, ou procédant du chef de l'un seulement des anciens propriétaires [17].

Le conservateur des hypothèques auquel a été demandé un état général des inscriptions prises sur certains immeubles, peut et doit comprendre dans cet état toutes les inscriptions encore subsistantes, sans aucune distinction entre celles qui seraient régulières et celles qui ne le seraient pas [18]. Mais il ne doit y faire entrer, ni les inscriptions rayées, ni les inscriptions frappées de

15 Voy. § 281 et 282.

16 *Instruction de la Régie,* du 17 janvier 1841, Sir., 41, 2, 208. Flandin, *De la transcription,* II, 1305.

17 Pont, n° 1441. Flandin, *op. cit.*, II, 1288 et 1289. Bonnet, *Revue critique,* 1860, XVII, p. 220. Caen, 26 décembre 1848, Sir., 49, 2, 669. Angers, 23 août 1856, Dalloz, 1856, 2, 270. Req. rej., 26 juillet 1859, Sir., 59, 1, 641. Poitiers, 2 juillet 1860, Sir., 61, 2, 64. — La question a été décidée dans ce sens, quant à l'état des transcriptions, par l'art. 5 de la loi du 23 mars 1855. Flandin, *op. cit.*, II, 1287.

18 Avis du Conseil d'État des 11-26 décembre 1810. Duranton, XX, 433. Zachariæ, § 268, note 4. Angers, 9 février 1827, Sir., 28, 2, 110. Limoges, 15 février 1842, Sir., 42, 2, 419. Paris, 21 avril 1842, Sir., 42, 2, 215. Rouen, 7 janvier 1848, Sir., 48, 2, 477.

péremption à défaut de renouvellement en temps utile, ni enfin les inscriptions anciennes dûment renouvelées [19].

Lorsque, à l'occasion de la demande en délivrance d'un état hypothécaire, il s'élève des doutes sur le point de savoir si telles ou telles inscriptions subsistent encore d'une manière efficace, ou ne sont plus susceptibles de produire aucun effet, le conservateur peut et doit les comprendre dans l'état demandé [20].

Les art. 2108, 2197 à 2199 déclarent les conservateurs des hypothèques responsables du préjudice résultant des manquements qui y sont indiqués. Mais les dispositions de ces articles ne sont pas limitatives, et la responsabilité des conservateurs se trouve engagée, conformément aux principes du Droit commun, toutes les fois que, par une faute ou négligence commise dans l'exercice de leurs fonctions, ils ont fait éprouver une perte à un créancier ou à un acquéreur. Art. 1382 et 1383.

Ainsi, ils sont responsables du préjudice résultant de simples erreurs ou omissions commises dans les transcriptions ou inscriptions portées sur les registres de forme, aussi bien que du défaut de réalisation de ces formalités mêmes [21]. Ils répondent spécialement de la nullité d'inscriptions hypothécaires, provenant de l'omission d'énonciations nécessaires à leur validité, et qui se trouvaient contenues dans les bordereaux remis par les requérants [22].

[19] Arg. art. 2196. Ces différentes catégories d'inscriptions ne pourraient plus être considérées comme subsistantes. Duranton, XX, 433. Zachariæ, § 281, note 17, *in fine*. Paris, 21 janvier 1814, Sir., 14, 2, 186. Rouen, 6 mars 1848, Sir., 48, 2, 478. Req. rej., 4 avril 1849, Sir., 49, 1, 512. Cpr. encore : Paris, 30 décembre 1836, Sir., 37, 2, 213 ; Paris, 15 février 1858, Sir., 58, 2, 555 ; Limoges, 6 août 1861, Sir., 61, 2, 479 ; Bordeaux, 24 juillet 1863, Sir., 64, 2, 47.

[20] On ne saurait, en effet, imposer au conservateur l'obligation de décider, sous sa responsabilité personnelle, des questions douteuses en droit ou en fait. Paris, 17 novembre 1855, Sir., 56, 2, 96. Metz, 25 mars 1858, Sir., 59, 2, 411. Paris, 22 février 1859, Sir., 59, 2, 410. Civ. cass., 6 décembre 1865, Sir., 66, 1, 117.

[21] Grenier, II, 441. Troplong, IV, 1000. Martou, IV, 1607.

[22] Bordeaux, 24 juin 1813, Sir., 15, 2, 115. Civ. rej., 22 avril 1818, Sir., 18, 1, 265. Grenoble, 21 août 1822, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2, 116. Voy. aussi : Req. rej., 11 juillet 1843, Sir., 43, 1, 648. — Le conservateur serait-il responsable de la nullité de l'inscription, si l'énonciation omise se trouvait dans l'un des bordereaux à lui remis, sans exister dans l'autre ? Cpr. Angers 16 août 1826, Sir., 26, 2, 322 ; et note 31 *infra, in fine*.

Ainsi encore, le conservateur, qui, dans un état d'inscriptions délivré à un acquéreur, a compris par erreur des inscriptions ne grevant pas les biens vendus, est responsable du préjudice que cette erreur a pu causer au vendeur, lorsque, par suite de cette circonstance, il a été privé de tout ou partie des intérêts de son prix, que l'acquéreur a cru devoir consigner au lieu de le payer [23].

Enfin, les conservateurs peuvent et doivent être déclarés responsables des conséquences de radiations indûments opérées, toutes les fois qu'en les effectuant ils ont commis une faute [24].

Le conservateur est en faute pour avoir rayé une inscription qui ne devait pas l'être, non-seulement quand les pièces déposées par le requérant ne s'appliquaient pas à cette inscription, ou quand la radiation a été opérée sur le vu, soit d'un jugement non encore passé en force de chose jugée et réformé depuis [25], soit d'un acte de main-levée irrégulier en la forme et ultérieurement annulé [26], mais encore lorsqu'elle a eu lieu en vertu d'un acte qui, quoique régulier en la forme et s'appliquant réellement à l'inscription, a été plus tard annulé, comme émané d'une personne incapable de consentir la main-levée, en raison de sa condition personnelle [27],

[23] Req. rej., 30 janvier 1867, Sir., 67, 1, 174.

[24] Troplong, IV, 1000. Martou, IV, 1608.

[25] Cpr. Rouen, 8 février 1842, Sir., 42, 2, 271 ; Civ. cass., 6 décembre 1859, Sir., 60, 1, 9.

[26] La solution donnée pour ces deux hypothèses ne saurait faire l'objet d'une difficulté sérieuse. — En vertu du principe posé au texte, le conservateur des hypothèques devrait être déclaré responsable des suites d'une radiation opérée sur le vu d'une main-levée donnée par l'ancien pupille sans accomplissement des formalités prescrites par l'art. 472. Voy. Dijou, 26 mars 1840, Sir., 40, 2, 422; Civ. rej., 12 juillet 1847, Sir., 47, 1, 506. Cpr. aussi : Pau, 21 janvier 1834, Sir., 35, 2, 553; Dijon, 7 avril 1859, Sir., 59, 2, 585.

[27] C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si l'acte de main-levée était annulé pour cause d'une incapacité légale résultant, soit de l'état de minorité, soit de l'état de femme mariée non autorisée. On doit d'autant moins hésiter à rendre en principe le conservateur responsable des conséquences de la radiation, que, d'après l'art. 2157, les inscriptions ne peuvent être rayées du consentement des parties, qu'autant qu'elles ont capacité à cet effet, et qu'il est, en général, possible de vérifier la condition et la capacité des personnes qui ont figuré dans un acte. D'ailleurs, à moins de soutenir que la perte résultant de la radiation d'une inscription sur le vu d'un acte de main-levée émané d'un incapable, doit rester

ou même par suite seulement de ses conventions matrimoniales [28]. Il devrait également être considéré comme se trouvant en faute, s'il avait procédé à la radiation, en vertu d'un acte de main-levée consenti par un mandataire ou par le gérant d'une société, auxquels la procuration ou l'acte de société ne conféraient pas les pouvoirs nécessaires à cet effet [29].

Les conservateurs cessent d'être responsables des omissions qui se rencontrent dans les états d'inscriptions ou de transcriptions par eux délivrés, ainsi que des erreurs commises à l'occasion de radiations d'inscriptions, ou d'autres actes de leur ministère, lorsque la cause de ces omissions ou erreurs se trouve dans les désignations ou indications insuffisantes qui leur ont été fournies. Art. 2197 et arg. de cet article.

à la charge de l'incapable lui-même, ce qui ne paraît pas admissible, il faut bien faire supporter cette perte au conservateur. La loi, il est vrai, aurait pu faire peser la responsabilité sur l'officier public qui a reçu l'acte de main-levée, et c'est effectivement ce que portait le projet de loi de 1841 sur la réforme hypothécaire, dont la disposition fut reproduite dans le projet élaboré, en 1850 et 1851, par la commission de l'assemblée législative ; mais, en l'absence d'un texte définitif et formel, il est impossible de rendre le notaire, rédacteur d'un acte de main-levée, responsable, en cette seule qualité, d'une perte qui, après tout, aura été le résultat, bien moins de cet acte même, que la radiation indûment opérée par le conservateur. Voy. en ce sens les arrêts cités aux notes suivantes. Cpr. Troplong, IV, 1000. Voy. en sens contraire : Duranton, XX, 194 ; Dalloz, *Rép.*, v° Priviléges et Hypothèques, n° 2698. — Il est, du reste, entendu que les tribunaux devraient refuser tout recours à l'incapable qui aurait employé des manœuvres frauduleuses pour induire le conservateur en erreur sur sa condition ou sa capacité ; et que, d'un autre côté, ils pourraient, tout en déclarant ce dernier responsable, lui accorder un recours contre le notaire qui aurait reçu un acte de main-levée, malgré la connaissance qu'il avait de l'incapacité de la partie.

[28] Le conservateur, requis de procéder à la radiation d'une inscription, en vertu d'un acte de main-levée ou d'un acquiescement donné par une femme mariée, doit se faire représenter son contrat de mariage à l'effet de s'assurer de sa capacité ; et s'il négligeait de le faire, il pourrait être déclaré responsable des conséquences de la radiation indûment opérée. Cpr. Civ. cass., 9 juin 1841, Sir., 41, 1, 468 ; Rouen, 8 février 1842, Sir., 42, 2, 271 ; Civ. rej., 13 avril 1863, Sir., 62, 1, 297.

[29] Cpr. Paris, 17 août 1843, Sir., 43, 2, 534 ; Req. rej., 19 août 1845, Sir., 45, 1, 707 ; Amiens, 31 décembre 1851, Sir., 52, 2, 128 ; Toulouse, 2 août 1861, Sir., 62, 2, 33.

Du reste, les tribunaux, saisis d'une demande en dommages-intérêts formée contre un conservateur, sont appréciateurs du point de savoir, si en fait, et eu égard aux circonstances particulières de la cause, l'erreur ou l'omission pour laquelle il est recherché, lui est ou non imputable à faute[30].

Lorsqu'il s'agit d'erreurs ou d'omissions qui ne paraissent exclusivement imputables, ni aux parties intéressées, ni aux conservateurs ou aux officiers rédacteurs des actes présentés à ces derniers, le juge peut diviser la responsabilité entre ces différentes personnes[31].

D'un autre côté, les conservateurs des hypothèques ne sauraient être rendus responsables des vices internes existant dans les actes qui leur sont produits, et dont l'examen attentif de la teneur de ces actes n'eût pas suffi à révéler l'existence[32]. C'est ainsi, par exemple, que le conservateur qui a procédé à la radiation d'une inscription, sur le vu d'un acte authentique de main-levée, émané d'une personne capable, se trouverait à l'abri de toute recherche, si l'acte de main-levée venait à être déclaré nul, soit comme simulé, soit pour cause d'erreur, de dol, ou de violence[33]. A plus forte raison, l'annulation de cet acte, comme entaché de faux, n'engagerait-il pas sa responsabilité.

[30] Cpr. Persil, sur l'art. 2197, n° 5; Troplong, IV, 1000; Martou, IV, 1613; Paris, 5 décembre 1811, Sir., 11, 2, 239; Civ. cass., 25 juin 1821, Sir., 21, 1, 344; Civ. rej., 29 avril 1829, Sir., 29, 1, 182; Civ. rej., 8 mai 1843, Sir., 43, 1, 391; Req. rej., 19 décembre 1848, Sir., 49, 1, 50; Req. rej., 22 août 1853, Dalloz, 1854, 1, 364; Civ. rej., 13 avril 1863, Sir., 63, 1, 297.

[31] Lyon, 13 avril 1832, Sir., 33, 2, 393. Civ. rej., 19 avril 1836, Sir., 36, 1, 562. — Voy. sur le cas où deux bordereaux, l'un régulier, l'autre irrégulier, ayant été remis au conservateur, celui-ci a fait l'inscription sur le borderean irrégulier et a restitué au créancier le bordereau régulier avec la mention de l'inscription, deux arrêts de la Cour de cassation qu'il paraît difficile de concilier : Civ. cass., 14 novembre 1824, Sir., 29, 1, 182, à la note ; Civ. rej., 29 avril 1829, Sir., 29, 1, 182.

[32] Paris, 5 décembre 1811, Sir., 11, 2, 239. Req. rej., 18 juillet 1838, Sir., 38, 1, 1004. Cpr. aussi : Civ. cass., 14 novembre 1824, Sir., 29, 1, 182, à la note.

[33] Si les conservateurs doivent apprécier les actes de main-levée qui leur sont présentés, sous le double rapport de la forme et de la capacité des parties, et s'il leur est, en général, possible de le faire, ils n'ont pas mission de scruter l'exactitude ou la sincérité des déclarations contenues dans ces actes, et se trouveraient d'ailleurs dépourvus des moyens d'investigation nécessaires.

Les omissions ou erreurs commises par un conservateur des hypothèques ne donnent lieu contre lui à une action en dommages-intérêts, qu'autant qu'elles ont occasionné une perte positive à un tiers, créancier ou acquéreur ; et l'étendue du recours est toujours limitée à la quotité de cette perte, dont la preuve est à la charge de la partie plaignante[34]. Il suit de là, entre autres conséquences, que le créancier, qui entend recourir contre le conservateur à raison de l'omission de son inscription dans l'état délivré à l'acquéreur, est tenu de prouver qu'il eût été utilement colloqué, sur le prix déclaré par l'acquéreur, ou tout au moins sur celui auquel il eût fait porter l'immeuble au moyen d'une surenchère[35]. On doit également en conclure que le conservateur, ainsi recherché, est admis, pour se défendre, à exciper de la nullité dont l'inscription omise se trouvait entachée du fait de la partie[36], et même à repousser la demande dirigée contre lui pour avoir omis une énonciation substantielle qui se trouvait dans les bordereaux, en établissant que l'inscription était entachée de quelque autre cause de nullité, imputable au créancier lui-même[37].

Le conservateur qui, par suite de sa responsabilité, a été contraint à désintéresser un tiers, créancier ou acquéreur, est subrogé, de plein droit, aux actions de ce tiers contre le débiteur ou vendeur[38].

34 C'est ce que l'art. 2197 indique nettement, en disant que les conservateurs sont responsables *du préjudice résultant*, etc. Zachariæ, § 268, texte et note 9.

35 Persil, sur l'art. 2197, nos 3 et 4. Grenier, II, 441. Troplong, IV, 1001, Duranton, XX, 427. Bordeaux, 24 juin 1813, Sir., 15, 2, 115. Grenoble, 21 août 1822, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2, 116.

36 Persil, sur l'art. 2197, n° 4. Troplong, IV, 1001. Martou, IV, 1615. Bordeaux, 24 juin 1813, Sir., 15, 2, 115.

37 On objecterait en vain qu'il n'est pas certain que cette cause de nullité eût été aperçue ou opposée par les tiers : en effet, le demandeur doit rapporter la preuve positive et complète du préjudice dont il réclame la réparation, et la seule possibilité de l'annulation de son inscription pour un vice provenant de son fait, le place dans l'impossibilité de satisfaire à cette condition. Req. rej., 4 avril 1810, Sir., 10, 1, 218.

38 L'art. 53 de la loi du 11 brumaire an VII portait à ce sujet une disposition expresse, ainsi conçue : « Le conservateur sera subrogé de droit aux actions « que les créanciers qu'il aura été obligé de payer, avaient contre le débiteur ori- « ginaire. » Quoique l'art. 2197 n'ait pas reproduit cette disposition, on n'en doit pas moins admettre, par application du n° 3 de l'art. 1251, la subrogation qu'elle avait consacrée. Grenier, II, 442. Rolland de Villargues, *Répertoire du notariat*, v° Conservateur, n° 59. Mais à raison de sa cause même, cette subrogation n'a

Les actions en responsabilité contre les conservateurs des hypothèques ne sont soumises, pendant la durée de leurs fonctions, qu'à la prescription ordinaire de trente ans[39]. Mais, après la cessation de leurs fonctions, la responsabilité est limitée à dix ans, de telle sorte qu'à l'expiration de ce délai, ils sont affranchis de toute action, soit personnelle, soit hypothécaire, et peuvent demander la radiation des inscriptions prises sur les immeubles affectés à leur cautionnement. Loi du 21 ventôse an VII, art. 7 et 8[40]. Le conservateur qui passe d'un bureau dans un autre, ne doit pas être considéré, dans le sens de ces dispositions, comme ayant cessé ses fonctions relativement aux administrés du bureau qu'il a quitté[41].

Aux termes de l'art. 9 de la loi de ventôse an VII, les conservateurs ont leur domicile dans le bureau où ils remplissent leurs fonctions, pour les actions auxquelles leur responsabilité peut donner lieu. Ce domicile spécial subsiste même après la mise en retraite, la destitution, ou le décès des conservateurs, de manière que les actions à diriger contre eux-mêmes ou leurs héritiers, peuvent toujours être portées devant le tribunal dans le ressort duquel ils exerçaient leurs fonctions au moment du fait sur lequel la demande est fondée[42].

d'effet, comme le disait la loi de brumaire, que contre le débiteur originaire, et ne donne au conservateur aucune action contre les cautions, qui ne doivent point pâtir d'une faute qu'il a commise. Arg. art. 2037.

39 Favard, *Rép.*, v° Conservateur des hypothèques, n° 11. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 604. Duranton, XX, 434. Rolland de Villargues, *op. et v° citt.*, n° 51. Martou, IV, 1619. Zachariæ, § 268, texte et note 7. Req. rej., 2 décembre 1816, Sir., 17, 1, 317.

40 Persil, sur l'art. 2197, n° 12. Troplong, IV, 1003. Martou, IV, 1619. Baudot, II, 1906. Vazeille et Zachariæ, *locc. citt.* Civ. cass., 22 juillet 1816, Sir., 16, 1, 297.

41 Arg. art. 8, 9 et 10 de la loi du 21 ventôse an VII. Dalloz, *Rép.*, v° Priv. et Hyp., n° 3011. Cpr. Baudot, II, 1907.

42 Grenier, II, 536. — Le demandeur pourrait-il, à son choix, porter son action devant le tribunal du domicile spécial, établi par la loi de ventôse an VII, ou devant celui du domicile général du conservateur? Voy. pour l'affirmative : Coup sup. de Bruxelles, 4 mai 1820, Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 1586. — Le conservateur pourrait-il, par forme de mise en cause, être appelé devant un tribunal qui ne serait celui, ni de son domicile spécial, ni de son domicile général? Voy. pour la négative : Baudot, II, 1947; et pour l'affirmative : Martou, IV, 1619; Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 3022.

Indépendamment des dommages-intérêts auxquels les conservateurs peuvent être condamnés par suite de fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions, ils sont passibles d'une amende de 200 à 1000 fr. pour toute contravention aux dispositions des art. 2196 à 2201 (art. 2202)[43], et d'une amende de 1000 à 3000 fr. pour contravention aux prescriptions de l'art. 2203. En cas de récidive, ils peuvent même être destitués.

Les amendes prononcées par les art. 2202 et 2203 sont encourues et doivent être appliquées, alors même que les contraventions commises, n'ayant occasionné aucun dommage à des tiers, ne sont pas de nature à donner ouverture à une action en responsabilité contre le conservateur[44].

Les dommages-intérêts auxquels un conservateur a été condamné à raison de fautes commises dans l'exercice de ses fonctions, sont payés sur son cautionnement, de préférence aux amendes qu'il peut avoir encourues. Art. 2202 et 2203.

§ 269.

Des exceptions ou modifications apportées au principe de la nécessité de l'inscription.

La loi dispense, d'une manière plus ou moins complète, certains priviléges immobiliers et certaines hypothèques, de la formalité de l'inscription, qui, en principe, est nécessaire pour rendre les droits de cette nature efficaces à l'égard des tiers.

Les priviléges et hypothèques qui jouissent de cette faveur exceptionnelle, sont: les priviléges énoncés en l'art. 2101; les hypothèques légales des mineurs, des interdits, et des femmes mariées; et le privilége du vendeur. On doit admettre une exception de même nature en ce qui concerne l'affectation spéciale des immeubles formant l'objet des cautionnements fournis par les conservateurs des hypothèques, comme garantie de leur responsabilité[1].

Tous autres priviléges immobiliers et hypothèques, notamment les priviléges du Trésor public, et l'hypothèque légale de l'État, des communes et des établissements publics, sont soumis à la nécessité de l'inscription[2].

43 Cpr. cep. texte et note 12 *supra*.

44 Zachariæ, § 268, texte et note 11.

1 Voy. sur cette exception: § 268, texte et note 2.

2 Cpr. § 263 *bis*, texte I, lett. *d* et *e*; § 264.

1° *Des priviléges énoncés en l'art. 2101.*

Ces priviléges sont, d'une manière complète, dispensés d'inscription, en ce qui concerne le droit de préférence qui y est attaché. Art. 2107[3]. Les créanciers auxquels ils compètent, peuvent donc, indépendamment de toute inscription, se présenter aux ordres ouverts sur le débiteur pour la distribution du prix de ses immeubles, et réclamer leur paiement de préférence aux autres créanciers, même hypothécaires de ce dernier, peu importe d'ailleurs que ces immeubles aient été vendus sur lui par expropriation forcée, ou qu'il les ait volontairement aliénés[4].

Mais les priviléges dont il s'agit restent soumis à la nécessité de l'inscription pour la conservation du droit de suite, c'est-à-dire de l'action réelle que les créanciers prétendraient exercer contre les acquéreurs des biens de leur débiteur. Cette action n'est ouverte à leur profit, qu'à la condition d'une inscription prise dans les délais qui seront indiqués au § 272[5].

[3] Cette exception est fondée sur ce que les créances énumérées en l'art. 2101 sont d'ordinaire de peu d'importance, et qu'il y aurait de sérieux inconvénients à les soumettre à la nécessité de l'inscription. Maleville, sur l'art. 2106. Zachariæ, § 269, note 1re.

[4] Grenier enseigne (II, 457), mais évidemment à tort, que les créanciers privilégiés aux termes de l'art. 2101 ne peuvent se présenter à l'ordre ouvert sur le débiteur, qu'après avoir au préalable pris inscription. On ne comprendrait pas l'utilité d'inscriptions dont le seul résultat serait d'occasionner des frais qui tomberaient à la charge des autres créanciers. M. Mourlon (n° 289) va plus loin encore, et admet, suivant toutefois certaines distinctions, que le droit de préférence peut s'éteindre au cas d'aliénation suivie de transcription, lorsqu'il n'a pas été conservé par une inscription prise en temps utile. Cette opinion, qui restreint arbitrairement, en ce qui concerne le droit de préférence, la portée de l'art. 2107, a été généralement rejetée. Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 2, n° 5, 3°. Persil, sur l'art. 2107, n° 4. Grenier, II, 457. Troplong, I, 274. Pont, n° 288. Flandin, *De la transcription*, II, 1030.

[5] L'art. 2107, de même que l'art. 2106, auquel il se rattache, ne concerne en effet que le droit de préférence, et laisse, quant au droit de suite, les priviléges dont il s'occupe sous l'empire de la règle posée par l'art. 2166. D'un autre côté, la disposition de ce dernier article n'ayant été modifiée, quant à la nécessité de l'inscription, ni par l'art. 834 du Code de procédure, ni par l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, qui, l'un et l'autre, ne s'occupent que du délai dans lequel elle peut être utilement requise, on doit en conclure que les priviléges dont il s'agit sont encore aujourd'hui soumis, pour la conservation du droit de suite, à la formalité de l'inscription. Merlin, *Rép.*, v° Transcription, § 2, n° 5. Persil, sur

2° *De l'hypothèque légale des mineurs et des interdits, et de celle des femmes mariées.*

a. Ces hypothèques sont dispensées d'inscription, non-seulement en ce qui concerne le droit de préférence, mais encore quant au droit de suite, en ce sens que, sous l'un et l'autre rapport, l'efficacité en est indépendante de toute inscription[6]. Art. 2134 et 2135[7]. Les personnes auxquelles elles appartiennent peuvent donc les faire valoir, sans inscription préalable, non-seulement au moyen de demandes en collocation formées dans les ordres ouverts pour la distribution du prix des immeubles qui y sont affectés[8], mais encore par voie de surenchère en cas de purge sur aliénation volontaire de ces immeubles[9], et même par voie de poursuite hypothécaire contre les tiers détenteurs[10].

l'art. 2107. Grenier, II, 457. Troplong, *Des hypothèques*, IV, 922; et *De la transcription*, n° 283. Martou, III, 1245. Pont, n° 1122. Flandin, *op. cit.*, II, 1028. Mourlon, *De la transcription*, II, 289 et 382. Zachariæ, § 269, note 1re, *in fine*.

[6] Cette dispense, qui a fait, à différentes époques, l'objet des plus vives attaques, trouve, à notre avis, sa complète justification dans la condition même des personnes au profit desquelles elle a été établie. L'hypothèque légale une fois admise en principe, comme garantie due par la société et par la loi aux intérêts des mineurs, des interdits, et des femmes mariées, on ne pouvait, sans inconséquence, subordonner l'efficacité de cette hypothèque à la condition d'une inscription. Seulement le Code Napoléon avait-il dépassé le but, en ne restreignant pas la faveur de la dispense d'inscription à ces personnes elles-mêmes, et à la durée de leur incapacité légale; et l'on ne peut qu'applaudir à la disposition de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, qui est venue limiter la durée et restreindre l'étendue de cette dispense.

[7] Les art. 2134 et 2135 ne dispensent directement et formellement les hypothèques dont il s'agit de la formalité de l'inscription, qu'en ce qui concerne le droit de préférence; mais il n'est pas douteux que, dans la pensée de la loi, la dispense ne s'étende au droit de suite. Cette pensée ressort manifestement des art. 2193 et suiv., dont les dispositions seraient sans objet, si l'hypothèque légale des mineurs, des interdits, et des femmes mariées, n'était pas, indépendamment de toute inscription, efficace à l'égard des tiers acquéreurs. La même induction se tire de l'art. 831 du Code de procédure. Aussi ce point de doctrine est-il généralement admis.

[8] Paris, 20 juillet 1833, Sir., 33, 2, 395. Civ. cass., 14 décembre 1863, Sir., 61, 1, 36. Voy. cep. Metz, 5 février 1823, Sir., 25, 2, 31.

[9] Duranton, XX, 391. Pont, n° 1120. Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, quest. 2196, 5°. Caen, 23 août 1839, Sir., 40, 2, 111. Voy. en sens contraire : Petit, *Des surenchères*, p. 313.

[10] Persil, sur l'art. 2166, n° 11. Pont, *loc. cit.* Zachariæ, § 287, texte et

La dispense d'inscription s'applique aux biens acquis par le tuteur ou le mari depuis la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage, tout comme à ceux dont il était devenu propriétaire antérieurement[11].

L'hypothèque légale de la femme mariée est affranchie de la nécessité de l'inscription pour tous ses droits et créances sans distinction, et non pas seulement pour sa dot[12]. Mais la dispense ne s'appliquerait point à l'hypothèque constituée, même dans le contrat de mariage, par un tiers, par le père du futur par exemple, pour sûreté de la dot[13].

note 5. Agen, 25 mars 1857, Sir., 57, 2, 432. Toulouse, 12 juin 1860, Sir., 60, 2, 545. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 778 *bis*; Dijon, 14 décembre 1840, Sir., 41, 2, 128 ; Bourges, 23 mars 1841, *Journal du Palais*, 1841, 2, p. 676; Nancy, 28 juillet 1853, Sir., 53, 2, 574 ; Bourges, 11 juin 1855, Sir., 59, 1, 398. Cette opinion repose sur une distinction entre l'hypothèque qui reste à l'état inerte ou d'attente, et celle qu'on entend mettre en mouvement au moyen de l'action hypothécaire. Mais cette distinction, dont il ne se rencontre pas la moindre trace dans la loi, répugne à la nature et à l'objet du droit hypothécaire, qui, comme tout autre droit, est destiné, non point à sommeiller, mais à se réaliser par les voies légales. Le droit de suite existant, pour les hypothèques dont il s'agit, indépendamment de toute inscription, on ne voit pas pourquoi le créancier serait obligé, quand il veut l'exercer, de prendre au préalable une inscription, qui ne serait d'ailleurs d'aucune utilité réelle pour le tiers détenteur. En principe, et à moins de dispositions spéciales, l'existence des conditions auxquelles un droit est subordonné, suffit pour en permettre l'exercice. Or, aucun texte de loi ne subordonne l'exercice du droit de suite à la formalité d'une inscription, dans les cas où ce droit existe indépendamment de cette formalité. Nous ajouterons que si la distinction que nous repoussons devait être admise, il faudrait, pour être conséquent, l'appliquer également à l'exercice du droit de préférence par le moyen d'une demande en collocation ; et nous ne pensons pas que M. Troplong veuille aller jusque-là. Quant à l'argument que le savant auteur croit pouvoir tirer, en faveur de sa thèse, de l'art. 2166, il ne nous paraît pas concluant, puisque cet article, en tant qu'il subordonne le droit de suite à la nécessité d'une inscription, ne s'applique qu'aux hypothèques soumises à la formalité.

[11] De Fréminville, *De la minorité*, I, 1144. Pont, n° 509. Flandin, *op. cit.*, II, 1532 à 1534. Req. rej., 17 juillet 1844, Sir., 44, 1, 641. Lyon, 25 novembre 1850, Dalloz, 1851, 2, 241. Voy. en sens contraire : Duranton, XIX, 327 ; Rivière et François, *Explication de la loi du 23 mars 1855*, n° 124.

[12] Riom, 20 février 1819, Sir., 20, 2, 275. Voy. en ce sens, les autorités citées à la note 13 du § 264 *ter*. Voy. en sens contraire : Toulouse, 6 décembre 1824, Sir., 26, 2, 106.

[13] Civ. cass., 23 août 1837, Sir., 37, 1, 873.

b. Dans le système du Code Napoléon, la dispense d'inscription, établie par l'art. 2135, n'était soumise à aucune restriction, ni quant à sa durée, ni quant aux personnes admises à en invoquer le bénéfice. Elle subsistait avec tous ses effets, même après la cessation de la tutelle, ou la dissolution du mariage, et n'avait d'autre terme que la durée même des hypothèques auxquelles elle était attachée. Avis du Conseil d'État des 5-8 mai 1812. D'un autre côté, elle profitait, non-seulement aux femmes mariées, aux mineurs, ou aux interdits eux-mêmes, mais encore à leurs héritiers ou ayants-cause, et en particulier, aux créanciers subrogés à l'hypothèque légale de la femme.

On saisit l'occasion que présentait la confection de la loi du 23 mars 1855, sur la transcription hypothécaire, pour corriger ce que les dispositions du Code avaient d'excessif sous ce double rapport.

Aux termes de l'art. 8 de cette loi, l'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur, ou de l'interdit doit, pour conserver toute son efficacité, être inscrite dans l'année qui suit la dissolution du mariage, ou la cessation de la tutelle. Cette disposition s'applique aux créanciers subrogés à l'hypothèque légale de la femme mariée, et ce dans le cas même où leurs subrogations seraient antérieures au 1er janvier 1856[14].

D'un autre côté, et d'après l'art. 9, les créanciers dont la subrogation à l'hypothèque légale d'une femme mariée, résulte d'actes postérieurs au 1er janvier 1856, sont tenus, quand cette hypothèque n'est pas encore inscrite, d'en requérir l'inscription à leur profit, et au cas contraire, de faire mentionner leurs subrogations en marge de l'inscription existante[15].

[14] L'art. 8 contient une disposition générale, qui s'applique aux créanciers subrogés à l'hypothèque légale de la femme, aussi bien qu'à cette dernière, et que l'art. 11 n'a pas modifiée en faveur de ceux de ces créanciers dont les subrogations seraient antérieures au 1er janvier 1856. Troplong, *De la transcription*, n° 357 et 358. Ducruet, *Étude sur la transcription*, p. 52. Pont, nos 818 et suiv. Bourges, 20 août 1859, Sir., 60, 2, 241. Riom, 1er mai 1860, Sir., 60, 2, 523. Metz, 19 mars 1861, Sir., 61, 2, 177. Aix, 19 novembre 1863, Sir., 64, 2, 295. Voy. en sens contraire : Lesenne, *De la transcription*, n° 151; Rivière et François, *Explication de la loi du 23 mars 1855*, n° 144; Paris, 8 mars 1859, Sir., 59, 2, 65.

[15] Voy. pour l'explication de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 : § 288 *bis*.

La disposition de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 s'applique au cas où le mariage a été dissous par le prédécès de la femme, et où la tutelle a fini par la mort du mineur ou de l'interdit, tout aussi bien qu'à celui où le mariage a été dissous par la mort du mari, et où la tutelle a cessé par la majorité du pupille, ou la main-levée de l'interdiction [16]. Les héritiers ou ayants-cause de la femme prédécédée, ceux du mineur ou de l'interdit décédés en minorité ou en état d'interdiction, sont donc tenus, comme la veuve, le mineur devenu majeur, et l'interdit relevé de l'interdiction, ou leurs ayants-droit, de prendre inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage, ou la cessation de la tutelle [17].

L'état de minorité où se trouveraient les héritiers de la femme ou de l'ancien pupille, ne donnerait lieu à aucune prorogation de

[16] L'émancipation du mineur ne ferait pas courir le délai d'un an, qui, malgré cela, ne prendrait cours que du jour de la majorité ou de la mort du mineur. Arg. art. 475 cbn. 471. Amiens, 6 février 1864, Sir., 64, 2, 93.

[17] La rédaction de l'art. 8 de la loi du 25 mars 1855 est incomplète, en ce qu'elle ne statue que sur l'hypothèse de la dissolution du mariage par la mort du mari, et de la cessation de la tutelle par la majorité du pupille ou la main-levée de l'interdiction ; mais il n'est pas douteux que sa disposition ne s'applique également, et même à plus forte raison, au cas du prédécès de la femme, ou de la mort du pupille en état de minorité ou d'interdiction. Si la dispense d'inscription, faveur toute personnelle accordée à la femme mariée, au mineur, ou à l'interdit, cesse dans leur personne même du moment qu'ils ont recouvré ou acquis leur complète indépendance, comment pourrait-elle se perpétuer au profit d'héritiers qui ne se sont jamais trouvés dans les liens du mariage ou de la tutelle d'où procède l'hypothèque ? Il est d'ailleurs inadmissible qu'un bénéfice de la loi reçoive, dans l'intérêt des héritiers, plus d'étendue qu'il n'en avait dans la personne de celui au profit duquel il a été établi. Troplong, *De la transcription*, n° 311. Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, n° 380. Lesenne, *De la transcription*, n° 135. Lemarcis, *De la transcription*, p. 40. Pont, n° 809. Ducruet, *Études sur la transcription*, n° 33. Flandin, *De la transcription*, II, 1016, 1017, 1627 et 1528. Mourlon, *De la transcription*, II, 866 à 872. Verdier, *De la transcription*, II, 627. Bordeaux, 12 mars 1860, Sir., 60, 2, 524. Aix, 10 janvier 1861, et Metz, 19 mars 1861, Sir., 61, 2, 177 et 179. Riom, 3 août 1863, Sir., 63, 2, 171. Agen, 6 décembre 1864, Sir., 65, 2, 138. — L'arrêt ci-dessus cité de la Cour de Bordeaux, spécial à l'hypothèque légale de la femme prédécédée, décide de plus que le délai fixé pour l'inscription courrait contre ses héritiers, dans le cas même où ils auraient été provisoirement écartés de la succession, par un testament annulé seulement depuis l'expiration de l'année du décès.

délai en leur faveur[18]. L'inscription de l'hypothèque légale de la femme en particulier, doit avoir lieu dans l'année de la dissolution du mariage, au cas même où elle a laissé pour héritiers des enfants mineurs, placés sous la tutelle de leur père, son ci-devant mari[19].

A l'inverse, la survenance de la faillite du mari ou du tuteur, l'acceptation bénéficiaire ou la vacance de leur succession n'ont pas pour effet de restreindre le délai d'un an, accordé par l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855. Ainsi, l'inscription de l'hypothèque légale peut, jusqu'à l'expiration de ce délai, être prise utilement, et d'une manière complétement efficace, même après le jugement

[18] Le but de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, et la nature même de sa disposition, décrétée en vue de l'intérêt des tiers, repoussaient toute restriction fondée sur la condition personnelle des héritiers de la femme mariée, du mineur, ou de l'interdit. Aussi cet article n'admet-il, en faveur des héritiers mineurs, aucune prorogation du délai préfix qu'il établit, et dont l'expiration emporte, non une véritable prescription, mais une déchéance, à laquelle ne s'applique pas l'art. 2252. Aix, 10 janvier 1861, Sir., 61, 2, 177.

[19] Cette dernière proposition est controversée ; mais nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de modifier la solution de la question, à raison de la circonstance que les enfants mineurs, héritiers de la mère, se trouveraient soumis à la tutelle du père ; et cela, par le double motif que la loi ne fait aucune distinction, et que celle qu'on voudrait établir, serait contraire à l'esprit général de notre législation. Il est, en effet, de règle, que le mineur n'est pas admis à se faire relever des déchéances qu'il encourt, au regard des tiers, par la négligence de son tuteur, encore que ce dernier eût dû accomplir contre lui-même la formalité dont l'omission a emporté déchéance. Voy. art. 2194 et 2195 ; art. 942, et § 704, texte, lett. *a*, et note 13. Cpr. aussi : art. 1070 et 1074. Le seul remède dont le mineur jouisse en pareil cas, est un recours contre son tuteur ; et l'hypothèque légale destinée à garantir ce recours, est toute différente de celle qui lui compéterait du chef de sa mère, de sorte qu'on ne saurait étendre à la seconde une dispense d'inscription qui, après l'expiration de l'année à partir de la dissolution du mariage, n'est plus désormais attachée qu'à la première. Voy. en ce sens : Pagès, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, VII, p. 406 ; Eyssautier, *Journal de Grenoble et de Chambéry*, 1863, p. 369, et *Revue pratique*, 1866, XXII, p. 448 ; Flandin, *op. cit.*, II, 1018 à 1022 ; Mourlon, *op. cit.*, II, 871 ; Verdier, *op. cit.*, II, 626. Grenoble, 29 avril 1858, Sir., 59, 2, 70 ; Toulouse, 2 janvier 1863, Sir., 63, 2, 191 ; Grenoble, 26 février 1863, Sir., 63, 2, 75 ; Civ. rej., 2 mai 1866, Sir., 66, 1, 233. Voy. en sens contraire : Nicollet, *Revue critique*, 1858, XIII, p. 548, et 1867, XXX, p. 369 ; Troplong, *De la transcription*, n° 251 ; Grosse, *De la transcription*, n° 251 ; Pont, n° 809 ; Bouniceau-Gesmon, *Revue pratique*, 1866, XXI, p. 449, et 1867, XXIII, p. 97 ; Riom, 3 août 1863, Sir., 63, 2, 171 ; Agen, 6 décembre 1864, Sir., 65, 2, 138 ; Martinique, 23 juillet 1866, Sir., 67, 2, 20.

déclaratif de la faillite du débiteur, et malgré l'acceptation bénéficiaire ou la déclaration de vacance de sa succession [20].

Le défaut d'inscription de l'hypothèque légale dans l'année qui a suivi la dissolution du mariage, ou la cessation de la tutelle, n'emporte pas à lui seul l'extinction de cette hypothèque, qui peut encore être ultérieurement inscrite d'une manière utile.

Toutefois, en cas d'aliénation volontaire ou forcée, l'inscription de l'hypothèque légale ne peut avoir lieu d'une manière efficace pour la conservation du droit de suite, qu'autant qu'elle a été requise avant les époques qui seront indiquées sous la lettre *c*, *infra*.

D'un autre côté, les événements qui forment, en général, obstacle à ce qu'une inscription puisse être valablement prise, empêchent également que l'hypothèque légale non inscrite dans le délai d'un an, depuis la dissolution du mariage, ou la cessation de la tutelle, le soit utilement après l'expiration de ce délai. Si donc le mari ou le tuteur avait été déclaré en faillite, si leur succession n'avait été acceptée que sous bénéfice d'inventaire, ou se tuorvait vacante, l'hypothèque légale ne pourrait plus, après l'expiration du délai dont s'agit, être inscrite d'une manière efficace au regard des créanciers de la faillite ou de la succession [21].

[20] Pont, nos 890 et 895. Mourlon, *De la transcription*, II, 873. Demangeat sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 288, à la note.

[21] Les dispositions des art. 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce étaient, par la force même des choses, sans application possible, avant la loi du 23 mars 1855, aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits, qui se trouvaient, d'une manière indéfinie, affranchies de la nécessité de l'inscription. Mais, comme l'art. 8 de cette loi a limité à une année à partir de la dissolution du mariage, ou de la cessation de la tutelle, la dispense d'inscription admise en faveur de ces hypothèques, elles sont par cela même tombées, pour le temps postérieur, sous le coup des articles précités. Pont, nos 890, 895 et 926. Troplong, *De la transcription*, no 317. Mourlon, *De la transcription*, II, 878. Carette, *Observations*, Sir., 63, 1, 425, à la note. Briguiboul, *Revue pratique*, 1864, XXV, p. 150. Verdier, *De la transcription*, II, 638. Paris, 24 juin 1862, Sir., 63, 2, 37. Civ. cass., 17 août 1868, Sir., 68, 1, 377. Il résulte incontestablement de là que, pour le cas de faillite du mari ou du tuteur, l'inscription de l'hypothèque légale ne pourrait plus être prise, d'une manière efficace au regard des créanciers de la masse, après le jugement déclaratif de faillite. — La seule question qui présente encore quelque doute, est celle de savoir si le second alinéa de l'art. 448 du Code de commerce s'applique, aussi bien que le premier, aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits, non inscrites dans l'année de la dissolution du ma-

L'hypothèque inscrite, quoique en temps utile, mais après l'année qui a suivi la dissolution du mariage, ou la cessation de la tutelle, ne date, à l'égard des tiers, que du jour où l'inscription a été prise, et non plus des époques fixées par l'art. 2135. Loi du 23 mars 1855, art. 8.

La femme devenue veuve et le ci-devant pupille ou leurs ayants-droit, sont cependant dispensés de prendre inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage, ou la cessation de la tutelle, lorsque leur hypothèque avait, dès avant l'expiration de ce délai, produit son effet légal [22]. Mais cet effet ne saurait être considéré comme ayant été réalisé, par cela seul que la femme devenue veuve aurait, avant l'expiration de l'année à partir de la dissolution du mariage, fait liquider ses reprises, et saisir les biens de son mari, soit sur ce dernier, soit même sur des tiers détenteurs [23].

riage ou de la fin de la tutelle, et si, en conséquence, il appartient aux tribunaux de prononcer l'annulation de l'inscription qui n'aurait été prise qu'après l'époque de la cessation de paiements, ou dans les dix jours qui l'ont précédée. Pour la négative, on peut dire que cette annulation facultative étant subordonnée à la condition qu'il se soit écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque et celle de l'inscription, la disposition qui permet de la prononcer, est par cela même étrangère aux hypothèques légales qui, attachées de plein droit au fait du mariage ou de la tutelle, ne résultent d'aucun acte de constitution. Voy. en ce sens : Colmar, 15 janvier 1862, Sir., 62, 2, 122 ; Carette, *op. et loc. cit.* ; Troplong, *loc. cit.* Sans méconnaître la force de cet argument, nous ne le considérons pas comme décisif, et nous inclinerons vers l'opinion contraire, par la raison que l'expiration de l'année qui a suivi la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, place les créanciers à hypothèque légale dans la même situation que tout autre créancier hypothécaire, et qu'il est dès lors naturel de fixer le point de départ du délai de quinzaine à l'expiration de cette année. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que le retard apporté à l'inscription de l'hypothèque légale, a pu, comme pour toute autre hypothécaire, induire les tiers en erreur sur la solvabilité du mari ou du tuteur, et qu'il ne serait même pas impossible que ce retard fût le résultat d'un concert frauduleux. Cpr. Req. rej., 2 mars 1863, Sir., 63, 1, 425. Il est à remarquer que si cet arrêt n'a pas formellement statué sur la question, il semble cependant la préjuger dans le sens de notre opinion.

[22] Cpr. sur les circonstances par suite desquelles une hypothèque inscrite est à considérer comme ayant produit son effet légal : § 280, texte n° 2.

[23] Agen, 5 mai 1858, Sir., 59, 2, 364. La Cour de Toulouse (19 mars 1861, Sir., 2, 280) a consacré le même principe dans une espèce où une femme mariée, devenue veuve, avait fait faire au tiers détenteur des biens de son mari, sommation de payer ou de délaisser, et où, sur l'opposition formée par ce dernier, la sommation avait été maintenue.

L'art. 11, al. 5, de la loi du 23 mars 1855, en statuant sur le sort des hypothèques légales attachées à des mariages déjà dissous, ou à des tutelles déjà finies à l'époque où elle devait devenir exécutoire, a prescrit l'inscription de toutes ces hypothèques dans l'année à partir du 1er janvier 1856, sous peine de ne devenir efficaces, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement[24].

c. L'inscription de l'hypothèque légale des femmes mariées, des mineurs ou interdits, peut même devenir nécessaire, soit pendant la durée du mariage ou de la tutelle, soit avant l'expiration de l'année qui a suivi la dissolution du mariage, ou la cessation de la tutelle. Il en est ainsi dans le cas où, à la suite de l'aliénation volontaire des immeubles du mari ou du tuteur, le tiers acquéreur remplit les formalités spéciales, prescrites par les art. 2193 et 2194, comme aussi lorsque ces immeubles sont, ou frappés de poursuites en expropriation forcée, ou soumis à l'expropriation pour cause d'utilité publique. Au premier cas, l'inscription doit être prise avant l'expiration du délai de deux mois fixé par l'art. 2195 ; en cas de saisie immobilière, elle doit l'être avant la transcription du jugement d'adjudication[25] ; et en cas d'expropriation pour cause

[24] Nous avons cru devoir substituer cette rédaction à celle de l'art. 11, al. 5, qui dit : « L'hypothèque *ne prend rang* que du jour où elle est ultérieurement « inscrite. » Ces expressions, prises dans leur acception ordinaire, ne se rapporteraient qu'au droit de préférence, et il est cependant hors de doute que la disposition de la loi s'applique également au droit de suite. Du reste, la formule que nous employons concorde avec celle de l'art. 8, qui pose la règle nouvelle, et dont la rédaction est plus exacte que celle de l'art. 21.

[25] Nous avons fermement soutenu dans nos précédentes éditions (§ 269, note 7), que le Code Napoléon n'avait point dérogé, en faveur des hypothèques légales dont il s'agit, à la règle de notre ancien Droit : *Un décret nettoie toutes hypothèques* (Loisel, *Inst. cout.*, liv. VI, tit. V, reg. 15), et que, sous l'empire de ce Code, l'adjudication sur expropriation forcée avait encore pour effet de purger ces hypothèques, comme toutes les autres. Voy. dans le même sens : Persil, sur l'art. 2182, n° 21 ; Battur, II, 457 ; Grenier, II, 490 ; Troplong, IV, 996 ; Zachariæ, § 293, texte et note 16. La Cour de cassation, après avoir longtemps appliqué cette doctrine (Civ. rej., 27 novembre 1811, Sir., 12, 1, 171 ; Civ. rej., 21 novembre 1821, Sir., 22, 1, 214 ; Civ. rej., 30 août 1825, Sir., 26, 1, 65), avait, par un arrêt de rejet, rendu en Chambres réunies, le 22 juin 1833 (Sir., 33, 1, 448), inauguré une jurisprudence contraire, confirmée depuis par de nouvelles décisions. Voy. Civ. cass., 30 juillet 1834, Sir., 34, 1, 625 ; Req. rej., 26 mai 1836, Sir., 36, 1, 775 ; Civ. cass., 18 décembre 1839, Sir., 40,

d'utilité publique, avant l'expiration de la quinzaine de la transcription du jugement d'expropriation [26].

Toutefois, dans ces différentes hypothèses, l'inscription n'est exigée que pour la conservation du droit de suite ; et malgré la perte de ce droit par le défaut d'accomplissement de la formalité en temps utile, le droit de préférence continue de subsister en faveur de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, ou de leurs ayants-droit [27]. Il en est ainsi au cas de purge par suite d'aliénation vo-

1, 137 ; Civ. rej., 27 mars 1844, Sir., 45, 1, 20. La loi du 25 mai 1858 vint trancher cette controverse dans le sens de notre ancien Droit, en décidant, par une disposition ajoutée comme dernier alinéa à l'art. 717 du Code de procédure, que le jugement d'adjudication, dûment transcrit, purge toutes les hypothèques sans exception, et ne laisse aux créanciers qu'un droit sur le prix. Seulement, pour sauvegarder autant que possible les intérêts des femmes mariées, des mineurs et des interdits, une autre disposition, ajoutée à l'art. 692 du Code de procédure, imposa-t-elle au poursuivant, qui, d'après son titre de créance, aurait connaissance de l'existence du mariage ou de la tutelle, l'obligation de faire certaines significations destinées à provoquer l'inscription des hypothèques légales ; et il est bien entendu que si la formalité prescrite par cet article n'avait pas été remplie, quoiqu'elle eût dû l'être, les hypothèques légales ne seraient pas purgées.

[26] Loi du 3 mai 1841, art. 17. La disposition de cet article n'ayant pas été modifiée par la loi du 23 mars 1855, les créanciers hypothécaires jouissent encore aujourd'hui, pour l'inscription de leurs hypothèques, du délai de quinzaine, à partir de la transcription du jugement qui prononce l'expropriation. Cpr. § 209, texte, lett. A, n° 2, et note 43.

[27] Ce principe, déjà admis, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, par l'art. 17 de la loi du 3 mai 1843, a été consacrée, pour le cas d'expropriation forcée, par l'art. 1er de la loi du 21 mai 1858. Voy. Code de proc., art. 717, al. dernier. Jusque-là la question avait été controversée, comme celle de savoir si le jugement d'adjudication sur expropriation forcée purgeait les hypothèques légales (cpr. note 25 *supra*) ; et dans le premier état de sa jurisprudence sur cette dernière question, la Cour de cassation décidait que le jugement d'adjudication avait pour résultat, non-seulement d'affranchir, dans l'intérêt de l'adjudicataire, les immeubles vendus de la charge des hypothèques légales non inscrites, mais encore de priver les personnes à qui appartenaient ces hypothèques de tout droit de préférence sur le prix. Voy. Civ. cass., 11 août 1829, Sir., 29, 1, 342 ; Civ. rej., 18 juillet 1831, Sir., 31, 1, .301. Voy. dans le même sens : Grenier, II, 490 ; Zachariæ, *loc. cit.* ; Metz, 5 février 1823, Sir., 25, 2, 34 ; Montpellier, 16 août 1827, Sir., 28, 2, 87 ; Nîmes, 20 mars et 10 décembre 1828, Sir., 29, 2, 161. Nous avions, avec M. Troplong (IV, 984 et suiv.), combattu cette doctrine, comme attribuant un effet trop absolu à l'af-

lontaire, comme au cas d'expropriation, par suite de saisie, ou pour cause d'utilité publique[28].

Que si la purge, l'expropriation forcée, ou l'expropriation pour cause d'utilité publique n'avait eu lieu qu'après l'année qui a suivi la dissolution du mariage, ou la cessation de la tutelle, la femme devenue veuve, le ci-devant pupille, ou leurs ayants-droit, non inscrits avant l'expiration de cette année, se trouveraient placés dans la même situation que tout autre créancier hypothécaire, et encourraient ainsi la déchéance, non-seulement du droit de suite, mais encore du droit de préférence, faute d'avoir pris inscription, soit avant la transcription de l'acte d'aliénation ou du jugement d'expropriation forcée, soit, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, dans la quinzaine de la transcription du jugement qui l'a prononcée[29]. La déchéance du droit de préférence

franchissement de l'immeuble, qui a lieu dans les différentes hypothèques indiquées au texte en faveur du tiers acquéreur, et comme sacrifiant sans nécessité les intérêts des créanciers à l'hypothèque légale. La loi du 21 mai 1858 a donné raison à notre manière de voir.

28 La Cour de cassation s'était également prononcée en sens contraire pour le cas de purge par suite d'aliénation volontaire. Cpr. § 295 *in fine*. La question n'ayant pas été législativement résolue pour ce cas, comme elle l'a été pour celui d'expropriation forcée, elle pourrait encore à la rigueur être controversée. Mais nous comprendrions difficilement qu'en présence de la loi du 3 mai 1841, et surtout de celle du 21 mai 1858, elle pût recevoir une solution contraire à celle que nous donnons au texte. C'est ce que la Cour de cassation paraît avoir elle-même reconnu. Civ. rej., 21 juillet 1863, Sir., 63, 1, 489. — Cpr. sur le point de savoir jusqu'à quelle époque subsiste le droit de préférence, survivant au droit de suite : § 283.

29 La proposition énoncée au texte a été contestée, en ce qui concerne l'hypothèse d'expropriation pour cause d'utilité publique, par MM. Cabantons (*Revue critique*, 1855, VII, p. 96 et 101) et Fons (*Précis sur la transcription*, n° 74). D'après ces auteurs, l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 serait inapplicable à cette hypothèse, qui resterait exclusivement régie par la disposition spéciale de l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841, de sorte que la femme devenue veuve, le ci-devant pupille, ou leurs héritiers, conserveraient leur droit de préférence sur le montant de l'indemnité, lors même qu'ils n'auraient pris inscription, ni dans l'année qui a suivi la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, ni dans la quinzaine de la transcription du jugement d'expropriation. Tout en admettant que la loi du 23 mars 1855 n'a point dérogé à celle du 3 mai 1841 quant au délai de quinzaine dans lequel l'inscription peut encore être utilement prise, il nous semble impossible de méconnaître que l'art. 8 de la première de ces lois soumet, d'une manière absolue et pour tous les cas possibles, les créanciers à hypothèque

pourrait, dans ces différentes hypothèses, être invoquée même par les créanciers simplement chirographaires du mari ou du tuteur[30].

d. Le législateur, tout en rendant l'efficacité de l'hypothèque légale des femmes mariées, et des mineurs ou interdits, indépendante de la formalité de l'inscription, s'est attaché à maintenir, autant qu'il était possible, le principe de la publicité. Dans cette vue, il a imposé à certaines personnes l'obligation, et accordé à d'autres la faculté de requérir l'inscription de ces hypothèques.

légale à la nécessité de s'inscrire dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, pour conserver le rang que leur assure l'art. 2135. La solution contraire conduirait à des résultats inacceptables. Il en résulterait, en effet, que les créanciers à hypothèque légale, qui ne se seraient pas conformés à la disposition de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, n'en primeraient pas moins, au cas particulier d'expropriation pour cause d'utilité publique, d'autres créanciers hypothécaires régulièrement inscrits, alors cependant que ces derniers avaient, par l'effet même du défaut d'inscription dans l'année de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle, acquis, à l'encontre des créanciers à hypothèque légale, un droit de priorité irrévocable, et qui n'aurait pu leur être contesté dans un ordre ouvert à la suite d'une aliénation volontaire ou d'une expropriation forcée. Or, on ne comprendrait pas que la circonstance, toute fortuite, d'une expropriation pour cause d'utilité publique, pût avoir pour conséquence de modifier à ce point une situation définitivement établie. Cpr. Flandin, *De la transcription*, II, 1531.

[30] Il est, en effet, certain qu'une inscription prise en temps utile est, en général, la condition *sine qua non* de l'efficacité du droit hypothécaire à l'égard des tiers, quels qu'ils puissent être, même des créanciers simplement chirographaires. Cpr. § 267, texte et note 3. Or, du moment où cesse, pour les créanciers à hypothèque légale, la dispense d'inscription, cette condition leur devient commune. Flandin, *op. cit.*, II, 1537 et suiv. Voy. en sens contraire : Leseune, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, n° 136. Suivant cet auteur, le terme *tiers* devrait, dans l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, être entendu des tiers qui ont acquis quelque droit réel sur les immeubles du mari ou du tuteur, et à l'exclusion par conséquent de leurs créanciers simplement chirographaires. Mais c'est là une opinion que repousse le texte même de l'art. 8, qui, à la différence des art. 3 et 7, emploie le mot *tiers* d'une manière absolue et sans en restreindre la portée. Nous ajouterons que cette différence de rédaction se justifie par la considération que si, d'après son objet même, la transcription n'a pas dû être exigée pour rendre la transmission de propriété efficace au regard des créanciers chirographaires de l'aucien propriétaire, il devait en être autrement de l'inscription, qui, ainsi que nous l'avons fait remarquer, est une condition absolue de l'efficacité de tout droit hypothécaire.

C'est ainsi que l'art. 2136 enjoint aux tuteurs et aux maris eux-mêmes de prendre, sans aucun délai, inscription sur tous les immeubles qu'ils possèdent au moment de l'entrée en gestion ou de la célébration du mariage, et sur ceux qui pourront leur appartenir par la suite. L'art. 2137 impose en outre aux subrogés-tuteurs l'obligation de veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai, et si elles ne l'étaient pas, de les faire effectuer eux-mêmes. Enfin, l'art. 2138 veut, qu'à défaut par les maris, les tuteurs et les subrogés-tuteurs de satisfaire à l'obligation qui leur est imposée, les inscriptions soient requises par le procureur impérial près le tribunal de première instance du domicile des maris et tuteurs, ou du lieu de la situation des biens[31].

D'un autre côté, l'art. 2139 autorise les parents, soit du mari, soit de la femme, et les parents du mineur ou, à défaut de parents, ses amis[32], à faire effectuer l'inscription de leurs hypothèques, inscriptions qui, du reste, peuvent être requises par la femme ou par le mineur eux-mêmes. Quant aux conservateurs des hypothèques, ils n'ont pas qualité pour opérer d'office l'inscription des hypothèques légales dont il s'agit[33].

Les personnes indiquées aux art. 2138 et 2139 n'encourent aucune responsabilité, lorsqu'elles négligent de prendre inscription[34]. Au contraire, le défaut d'accomplissement des obligations imposées, sous ce rapport, aux maris, tuteurs et subrogés-tuteurs, est de nature à entraîner contre eux de graves conséquences.

[31] Cpr. sur les devoirs des procureurs impériaux en cette matière : *Instruction du ministre de la justice du 15 septembre 1806* (Locré, *Lég.*, XVI, p. 460) ; Bernard, *De l'inscription des hypothèques légales par le procureur impérial*, Paris 1862, broch. in-8°. Voy. aussi : art. 692. du Code de procédure. L'obligation imposée au procureur impérial, par cet article, de prendre inscription sur les biens compris dans la saisie, est plus précise et plus rigoureuse que la mission que lui donne l'art. 2138.

[32] La loi n'accorde pas ce droit aux amis de la femme. Tarrible, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 2, n° 17. Persil, sur l'art. 2139. Zachariæ, § 269, note 10. Caen, 8 mai 1839, Sir., 39, 2, 329.

[33] Circulaire du ministre de la justice du 15 septembre 1803, rapportée par Persil, sur l'art. 2138, n° 2. Zachariæ, § 269, note 9.

[34] Persil, sur l'art. 2139. Pont, n° 847. Zachariæ, § 269, texte et note 11. D'après l'art. 32 de la loi du 11 brumaire an VII, les parents ou amis qui avaient concouru à la nomination du tuteur, étaient tenus, chacun individuellement, et sous leur responsabilité solidaire, de requérir en temps utile inscription sur ses biens.

Le mari ou le tuteur qui, ayant négligé de prendre inscription sur lui-même, aurait consenti ou laissé prendre des priviléges ou des hypothèques sur ses immeubles, sans déclarer expressément qu'ils étaient affectés à l'hypothèque légale de sa femme ou de ses pupilles, serait réputé stellionataire, et devenait autrefois comme tel contraignable par corps[35]. Art. 2136, al. 2.

Les expressions *consenti ou laissé prendre des priviléges ou des hypothèques* dont se sert la loi[36], comprennent, avec les actes de constitutions d'hypothèques, toute transmission conventionnelle, par exemple par voie de subrogation, de priviléges ou d'hypothèques qui se trouvent primés par l'hypothèque légale de la femme ou des mineurs[37]. On doit en conclure que le mari ou le tuteur qui, ayant vendu un de ses immeubles, subrogerait dans son privilége de vendeur le tiers des mains duquel il en recevrait le prix, sans déclarer l'existence de l'hypothèque légale, devrait être réputé stellionataire. Il en serait de même du mari ou du tuteur qui, empruntant des fonds pour désintéresser un créancier ayant privilége ou hypothèque sur ses biens, subrogerait le prêteur aux droits et actions

[35] La menace de la contrainte par corps offrait aux tiers une sérieuse garantie; et il est regrettable que, par suite de l'abolition de la contrainte par corps en matière civile, les prescriptions établies pour assurer l'inscription des hypothèques légales, des mineurs, des interdits et des femmes mariées, se trouvent aujourd'hui dépourvues de toute sanction spéciale. Nous avons laissé subsister les propositions relatives à l'art. 2136, dans la prévision de nouvelles dispositions répressives du stellionat.

[36] Cette rédaction prête à critique en ce que, d'une part, on ne peut par convention créer de priviléges, et en ce que, d'autre part, il paraît impossible d'étendre la disposition pénale de l'art. 2136 au cas d'établissement d'hypothèques légales ou judiciaires. Il faut donc appliquer cette disposition *distributive*, avec les distinctions et les restrictions qui ressortent de l'esprit de la loi.

[37] Cette formule exprime, nous le croyons, la véritable pensée de la loi. Le tuteur ou le mari qui, ayant omis de prendre inscription sur lui-même, confère ou transmet à des tiers, des sûretés hypothécaires qui se trouvent primées par l'hypothèque légale du mineur ou de la femme, sans déclarer cette hypothèque, commet, aux yeux de la loi, une réticence coupable et empreinte de dol. Or, à ce point de vue, il importe peu que le tuteur ou le mari ait constitué une hypothèque sur ses biens, ou qu'il ait, par une voie quelconque, transmis des hypothèques ou des priviléges dont ils étaient grevés, puisqu'il aura toujours offert et fourni à des tiers des sûretés d'une valeur supérieure en apparence à leur valeur réelle; et c'est là précisément le fait ou le résultat que le législateur a voulu prévenir. Pont, n° 850.

de ce créancier, sans déclarer l'existence de l'hypothèque légale qui primait les sûretés de ce dernier[38].

La disposition de l'art. 2136 est sans application possible à l'établissement sur les biens des tuteurs ou maris d'hypothèques judiciaires, ou de nouvelles hypothèques légales[39]. Elle ne saurait davantage être étendue au mari ou au tuteur qui vendrait des immeubles soumis à l'hypothèque de la femme ou des mineurs. Dans ce dernier cas, le mari ou le tuteur ne seraient réputés stellionataires, qu'autant qu'ils auraient déclaré libres les immeubles vendus[40].

La simple déclaration que le mari ou le tuteur auraient faite de leur qualité, ne suffirait pas toujours pour les soustraire à l'application de l'art. 2136[41].

D'un autre côté, l'excuse de bonne foi n'est point admissible de la part du mari ou du tuteur, en ce sens qu'ils ne peuvent prétexter de l'ignorance des dispositions de cet article[42]. Mais cette excuse pourrait être utilement invoquée, si en fait, et par suite de circonstances exceptionnelles, le tuteur ou le mari avaient eu des raisons plausibles de croire que l'immeuble donné en hypothèque se

38 Dans les deux cas indiqués au texte, il serait vrai de dire que le mari ou le tuteur ont conféré, ou du moins ont laissé prendre, aux tiers avec lesquels ils ont traité, des priviléges ou des hypothèques sur leurs biens. Pont, n° 850.

39 Tarrible, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 3, n° 14. Persil, sur l'art. 2136, n° 3. Rolland de Villargues, v° Inscr. hyp., § 2, n° 22. Troplong, II, 633 *bis*. Zachariæ, § 269, texte et note 5.

40 *Pœnalia non sunt extendenda; et præterea, non est eadem ratio.* L'acquéreur des biens vendus par le tuteur ou le mari, peut complétement sauvegarder ses intérêts, en remplissant les formalités prescrites par les art. 2193 et 2194; tandis que les créanciers auxquels le tuteur ou le mari ont fourni des sûretés hypothécaires, n'ont aucun moyen de se mettre à l'abri de l'hypothèque légale du mineur ou de la femme. Pont, n° 849. Zachariæ, *loc. cit.* Civ. rej., 25 juin 1817, Sir., 18, 1, 13. Civ. cass., 20 novembre 1826, Sir., 27, 1, 170.

41 En effet, les tiers, quoique avertis par une pareille déclaration de l'existence de l'hypothèque légale, peuvent avoir traité avec le tuteur ou le mari dans la supposition que les immeubles formant l'objet de la convention, se trouvaient dégagés de cette hypothèque par l'effet d'une réduction conventionnelle ou judiciaire. Cpr. Poitiers, 29 décembre 1830, Sir., 31, 2, 264.

42 Zachariæ, § 269, note 6, *in fine*. Civ. cass., 30 novembre 1826, Sir., 27, 1, 170. Bordeaux, 15 mars 1833, Sir., 33, 2, 364. Paris, 27 novembre 1835, Sir., 36, 2, 164.

trouvait affranchi de l'hypothèque légale non inscrite et non déclarée[43].

Le tiers qui a contracté avec le mari ou le tuteur, en parfaite connaissance de l'hypothèque légale dont se trouvaient grevés leurs immeubles, n'est point admis, pour invoquer la disposition de l'article précité, à se prévaloir contre eux du défaut de déclaration expresse de cette hypothèque[44].

[43] Troplong, *De la contrainte par corps*, nos 63 et 64. Civ. rej., 21 février 1827, Sir., 27, 1, 336.

[44] Rej., 26 juin 1844, Sir., 45, 1, 77. Cpr. aussi : Civ. rej., 25 juin 1817, Sir., 18, 1, 13. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2136, n° 3; Troplong, II, 633; Duranton, XX, 45; Pont, n° 854; Zachariæ, § 269, texte et note 6. D'après ces auteurs, on ne pourrait, sous aucun prétexte, se relâcher de la rigueur de l'art. 2136, et l'on devrait rejeter toute excuse proposée par le tuteur ou le mari, si les actes par eux passés avec des tiers ne fournissaient la preuve évidente de la déclaration de l'hypothèque. Cette interprétation exagère, à notre avis, la portée du second alinéa de l'art. 2136. La mauvaise foi est, en général, un élément indispensable à l'existence du stellionat; et si, dans l'hypothèse prévue par cet article, la loi répute stellionataire le mari ou le tuteur, c'est parce qu'elle attache à leur silence une présomption de mauvaise foi : or, comme cette présomption ne rentre pas, d'après son objet, dans la classe de celles que le second alinéa de l'art. 1352 déclare absolues, il semble qu'elle n'exclue pas entièrement la preuve contraire de la bonne foi. Mais fût-il certain que toute excuse prise de la bonne foi doive être écartée, il n'en résulterait pas encore que le tiers qui a traité avec le tuteur ou le mari, malgré la connaissanee qu'il avait de l'existence de l'hypothèque légale, puisse légalement leur faire un reproche de n'avoir pas expressément déclaré cette hypothèque. Il ne s'agit point ici d'une de ces formalités requises pour rendre opposable aux tiers telle ou telle convention, et auxquelles ne suppléerait point la connaissance personnelle que ceux-ci pourraient en avoir acquise, mais d'une simple déclaration prescrite dans le but d'apprendre aux tiers ce qu'ils ont intérêt à savoir, et à laquelle s'applique complétement la maxime *Certiorari non debet qui haud ignorat*. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que la contrainte par corps prononcée par l'art. 2136 est bien moins attachée à la créance même du tiers avec lequel le mari ou le tuteur a contracté, qu'aux dommages-intérêts qui peuvent lui être dus en cas de non-paiement de sa créance, et nous comprendrions difficilement que l'on reconnût à celui qui a traité en parfaite connaissance d'une hypothèque légale, un droit quelconque à des dommages-intérêts, à raison du défaut de déclaration expresse de cette hypothèque : *Scienti et volenti non fit injuria*. Du reste, nous admettons que les tribunaux devraient se montrer sévères dans l'appréciation des moyens à l'aide desquels le tuteur ou le mari entendraient établir que le tiers a eu connaissance de l'hypothèque légale, et qu'à moins d'une preuve positive et complète de ce fait, l'application de l'art. 2136 ne pourrait être écartée.

Du reste, la femme pourrait soustraire le mari à toutes poursuites, en offrant de subroger le créancier poursuivant à son hypothèque légale, alors du moins qu'elle n'aurait pas déjà précédemment consenti de pareilles subrogations au profit d'autres créanciers [45].

Le subrogé-tuteur qui a négligé de faire prendre sans délai [46] par le tuteur, ou de requérir lui-même l'inscription de l'hypothèque légale, est personnellement responsable du préjudice que le défaut d'inscription peut occasionner, soit au pupille [47], soit aux tiers qui ont traité avec le tuteur [48]. Il serait toutefois admis à repousser toute demande en dommages-intérêts dirigée contre lui, en prouvant que le demandeur avait connaissance de l'hypothèque légale qui grevait les biens du tuteur avec lequel il a traité [49].

[45] La subrogation, offerte dans ces conditions, ferait disparaître tout principe de dommages-intérêts contre son mari. Duranton, XX, 43. Pont, n° 856. Cpr. Paris, 12 décembre 1816, Sir., 17, 2, 228. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 269, texte et note 7.

[46] Le subrogé-tuteur jouit d'un délai moral pour l'accomplissement de l'obligation que lui impose l'art. 2137 ; et il appartient aux tribunaux de décider, d'après les circonstances, si, dans tel cas donné, ce délai a été dépassé ou non.

[47] Le défaut d'inscription peut causer préjudice au pupille lui-même, dans les cas où l'inscription devient nécessaire même pendant la durée de la tutelle. Cpr. texte n° 2, lett. *c*, *supra*. Pont, n° 859.

[48] L'art. 2137 dit : *sous peine de tous dommages-intérêts*, sans spécifier les personnes envers lesquelles la responsabilité du tuteur peut se trouver engagée. Mais on ne saurait en conclure que le subrogé-tuteur puisse être recherché même par de simples créanciers chirographaires ; et cela, par le double motif que ces créanciers se trouveraient dans l'impossibilité d'établir avec certitude qu'ils n'auraient pas traité avec le tuteur, s'ils avaient connu sa qualité, et qu'il n'est pas probable que le législateur ait entendu soumettre le subrogé-tuteur à une responsabilité qui serait illimitée, si elle existait même à leur profit. Dalloz, *Rép.*, v° Priv. hyp., n° 1379. Pont, n° 861. Taulier, VII, p. 316. — La responsabilité du subrogé-tuteur serait-elle engagée vis-à-vis des tiers auxquels le tuteur aurait vendu des biens soumis à l'hypothèque légale, sans déclarer l'existence de cette hypothèque ? Nous le pensons : la circonstance que les acquéreurs eussent pu se mettre à couvert en remplissant les formalités prescrites par les art. 2193 et 2194, n'est pas de nature à excuser le défaut d'accomplissement de l'obligation qui incombait au subrogé-tuteur, et pourrait tout au plus être prise en considération pour la fixation des dommages-intérêts.

[49] Le défaut d'inscription d'une hypothèque légale, ne peut être une cause de préjudice pour celui qui connaît l'existence de cette hypothèque. Cpr. note 44 *supra*,

La disposition de l'art. 2137, spéciale à l'inscription de l'hypothèque légale qui affecte les biens du tuteur en cette qualité, ne saurait être étendue à l'inscription de l'hypothèque compétant au pupille du chef de la femme du tuteur, sa mère[50].

Lorsque l'hypothèque légale d'une femme mariée, d'un mineur, ou d'un interdit a été restreinte à certains immeubles spécialement déterminés, soit par le contrat de mariage ou par l'acte contenant nomination du tuteur, soit par une décision judiciaire, le mari, le tuteur, ou le subrogé-tuteur ne sont tenus de prendre inscription que sur ces immeubles. Art. 2142, et arg. de cet article. Que si certains immeubles seulement avaient été soustraits à l'hypothèque, l'inscription n'en devrait pas moins être prise d'une manière générale, sauf indication des immeubles dégrevés.

3° *Du privilége du vendeur, et de celui du bailleur de fonds pour l'acquisition d'un immeuble.*

Le privilége du vendeur d'un immeuble devient efficace, à l'égard des tiers, par le seul effet de la transcription de l'acte de vente.

Il en est de même du privilége du bailleur de fonds pour l'acquisition d'un immeuble, lorsque l'acte de vente constate que les fonds empruntés ont été employés au paiement du prix. Arg. 2108[51].

§ 270.

Des personnes au nom desquelles l'inscription doit être prise. — De celles qui ont qualité pour la requérir. — Du rôle du conservateur des hypothèques quant aux inscriptions à prendre.

1° L'inscription doit, en principe, être prise au nom du titulaire de la créance garantie par l'hypothèque qu'il s'agit de rendre publique.

Si le créancier originaire est décédé avant que l'inscription ait été effectuée, elle peut être requise, jusqu'au partage du moins [1],

50 Douai, 18 mars 1840, Sir., 40, 2, 289.

51 L'explication détaillée de l'art. 2108 sera donnée au § 278.

1 Le partage de la succession une fois consommé, il est naturel et plus régulier que l'inscription soit prise au nom de l'héritier dans le lot duquel la créance est tombée. Cependant il ne semble pas qu'elle dût être annulée pour avoir été

au nom de sa succession indivise, ou de ses héritiers, sans qu'il soit nécessaire que ceux-ci soient tous indiqués nominativement[2].

En cas de cession de la créance, le cessionnaire peut, avant toute signification ou acceptation du transport, prendre inscription en son propre nom[3]. Il peut, d'un autre côté, prendre inscription au nom du cédant, même après la signification ou l'acceptation du transport[4]. Du reste, pour que l'inscription prise par le cessionnaire en son nom personnel soit valable, il n'est pas nécessaire que le transport ait eu lieu par acte authentique[5].

Le tiers auquel le créancier a délégué une créance hypothécaire, ne peut, avant d'avoir accepté la délégation, prendre inscription en son nom personnel[6]. L'acceptation peut avoir lieu expressé-

requise au nom de la succession du créancier originaire. Rien n'oblige, en effet, les héritiers à donner de la publicité à l'acte de partage, et les tiers n'ont pas d'intérêt à ce que l'inscription soit prise, plutôt par l'un des héritiers seulement, que par les héritiers collectivement. Cpr. texte et note 4 *infra*. Voy. cep. Persil, sur l'art. 2148, § 1, n° 3.

[2] Prondhon, *De l'usufruit*, III, 1040. Pont, n° 931. Zachariæ, § 270, note 7, *in fine*. Paris, 16 février 1809, Sir., 9, 2, 208. Civ. rej., 15 mai 1809, Sir., 10, 1, 22. Req. rej., 17 mars 1852, Sir., 52, 1, 455.

[3] Cpr. § 359 *bis*, texte n° 1, *in fine*. Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 2, art. 10, n° 1. Troplong, I, 365. Martou, III, 1052. Duranton, XX, 95. Pont, n° 931. Zachariæ, § 270, texte et note 7. Paris, 13 ventôse an XIII, Sir., 5, 2, 566. Req. rej., 4 avril 1811, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 1, 319. Civ. cass., 25 mars 1816, Sir., 16, 1, 233. Req. rej., 11 août 1819, Sir., 19, 1, 450. Bourges, 12 février 1841, Sir., 41, 2, 617.

[4] Merlin, *Quest.*, v° Inscr. hyp., § 11, n° 1. Delvincourt, III, p. 332 et 333. Persil, sur l'art. 2148, n° 4. Grenier, I, 74. Duranton, XX, 95. Martou, *loc. cit.* Zachariæ, *loc. cit.* Req. rej., 5 ventôse an XIII, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, 1, 81. Req. rej., 16 novembre 1840, Sir., 40, 1, 961.

[5] *Nec obstat* art. 2152. Cet article, qui statue sur la déclaration de changement du domicile élu dans une inscription, ne saurait être étendu au cas où le cessionnaire prend une inscription nouvelle. Delvincourt, III, p. 335. Troplong, I, 364. Zachariæ, *loc. cit.* Req. rej., 11 août 1819, Sir., 19, 1, 450. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 389. Cpr. aussi : Toulouse, 2 janvier 1841, Dalloz, *Rép.*, v° Priv. et Hypoth., n° 1500.

[6] Toullier, VII, 289. Grenier, II, 388. Troplong, I, 368. Duvergier, *De la vente*, II, 241 et 242. Martou, III, 1053. Pont, n° 931. Civ. rej., 21 février 1810, Sir., 10, 1, 209. Metz, 24 novembre 1820, Sir., 21, 2, 315. Aix, 27 juillet 1846, Sir., 46, 2, 443. Civ. cass., 7 mars 1865, Sir., 65, 1, 165.

ment ou tacitement[7]. Mais, comme elle doit précéder l'inscription, celle-ci ne peut être considérée comme un acte d'acceptation[8].

Les créanciers du titulaire d'une pareille créance, n'auraient pas davantage qualité pour prendre inscription en leur propre nom[9].

L'inscription, qui n'a pas été prise au nom du créancier originaire, de ses héritiers, ou de son ayant-cause, est à considérer comme non avenue, et ne profite, ni à l'inscrivant, ni au titulaire réel de la créance. C'est ce qui aurait lieu notamment pour les inscriptions requises, en leur propre nom, soit par le délégataire de la créance hypothécaire avant l'acceptation de la délégation, soit par les créanciers du titulaire de cette créance[10].

L'inscription prise au nom seulement de l'une des personnes intéressés à la conservation de la créance, ne profite point en général aux autres. C'est ainsi que l'inscription prise par l'usufruitier d'une créance en son nom personnel, ne profite point au nu-propriétaire[11]; et que l'inscription requise par le créancier d'une rente viagère, stipulée réversible, après son décès, sur la tête d'un tiers, ne profite pas à ce tiers, encore que la clause de réversibilité y soit mentionnée[12].

[7] La jurisprudence s'était d'abord prononcée pour la nécessité d'une acceptation expresse et authentique. Voy. Civ. rej., 21 février 1810, Sir., 10, 1, 209; Metz, 24 novembre 1820, Sir., 21, 2, 315. Mais c'était évidemment aller au delà des exigences de la loi. Voy. dans le sens de notre opinion : Montpellier, 1er août 1832, Sir., 33, 2, 426; Civ. rej., 8 juillet 1834, Sir., 34, 1, 504; Req. rej., 27 janvier 1856, Sir., 56, 1, 605.

[8] Aix, 27 juillet 1846, Sir., 46, 2, 443. Civ. cass., 7 mars 1865, Sir., 65, 1, 165. Voy. en sens contraire : Dijon, 4 février 1847, Sir., 47, 2, 407.

[9] Si, aux termes de l'art. 775 du Code de proc., tout créancier est autorisé à prendre inscription pour conserver les droits de son débiteur, il n'en résulte pas que l'inscription puisse être prise au nom personnel du créancier qui la requiert. Duranton, XX, 90. Martou, III, 1054. Pont, n° 932. Cpr. Req. rej., 20 mai 1839, Sir., 39, 1, 785.

[10] Toutefois, l'inscription prise en son nom personnel par un créancier du créancier hypothécaire, devrait être maintenue, si l'inscrivant avait eu soin de s'y annoncer comme exerçant les droits de son débiteur, et si les nom, prénoms, profession et domicile de ce dernier, comme titulaire de la créance inscrite, y étaient mentionnés. C'est en ce sens que l'on doit entendre les termes de l'art. 775 du Code de proc., « entre tous les créanciers *inscrits* ou opposants. » Tarrible, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 5, n° 5. Persil, sur l'art. 2148, n° 3.

[11] Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1039, 1040 et 1041. Troplong, III, 675. Req. rej., 4 frimaire an XIV, Sir., 6, 1, 209.

[12] Poitiers, 26 janvier 1832, Sir., 32, 2, 209.

2° Tout titulaire d'une créance hypothécaire a, comme tel, qualité pour requérir l'inscription de l'hypothèque attachée à sa créance. Cette règle s'applique même aux personnes qui ne jouissent pas du libre exercice de leurs droits. C'est ainsi que les femmes mariées et les mineurs sont autorisés à requérir l'inscription de leur hypothèque légale sur les biens de leurs maris ou tuteurs. Art. 2139.

A côté des créanciers hypothécaires eux-mêmes, il y a des personnes qui sont tenues, sous leur responsabilité personnelle, de requérir l'inscription, ou qui sont autorisées à le faire, soit dans l'intérêt du créancier, soit dans celui des tiers[13], et d'autres qui jouissent de la faculté de la requérir dans leur propre intérêt.

Tous ceux qui, en vertu d'un mandat légal ou conventionnel, sont chargés de l'administration de la fortune d'autrui, doivent, à peine de tous dommages-intérêts, requérir l'inscription des créances hypothécaires comprises dans les biens dont la gestion leur est confiée.

L'usufruitier d'une créance hypothécaire peut et doit en requérir l'inscription, non-seulement dans son intérêt personnel, mais encore au nom du nu-propriétaire[14].

Le notaire qui a reçu un acte portant constitution d'hypothèque, n'est pas tenu, en principe, et à moins d'avoir été spécialement chargé de ce soin, de requérir l'inscription de l'hypothèque stipulée dans l'acte[15].

Les créanciers du titulaire d'une créance hypothécaire peuvent, pour la conservation des droits de leur débiteur, requérir l'inscription de cette créance. Code de procédure, art. 775, cbn. Code Napoléon, art. 1166.

[13] Voy. sur les personnes chargées de requérir l'inscription des hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs ou interdits, et sur celles qui sont autorisées à le faire : art. 2136 à 2139; § 269, texte n° 2, lett. *d*.

[14] Cpr. § 231, texte n° 3. Proudhon, *op. cit.*, III, 1038.

[15] Pont, n° 937, et *Revue critique*, 1855, VII, p. 35. Bordeaux, 26 mars 1844, Sir., 44, 2, 463. Req. rej., 4 juillet 1847, Sir., 48, 1, 205. Riom, 7 décembre 1848, Sir., 49, 2, 88. Paris, 28 juillet 1851, Sir., 52, 2, 794. Rouen, 24 novembre 1852, Sir., 53, 2, 263. Req. rej., 14 février 1855, Sir., 55, 1, 171. Cpr. Paris, 14 janvier 1854, Sir., 55, 2, 705. Cet arrêt n'est pas contraire à notre opinion. Il a été rendu dans des circonstances exceptionnelles, qui le justifient complétement.

Les personnes qui ont qualité pour prendre une inscription, peuvent la requérir par l'intermédiaire d'un tiers. Le mandat donné à cet effet n'est soumis à aucune forme, et peut être purement verbal. La preuve en résulte, vis-à-vis du conservateur, du fait même que le tiers qui requiert l'inscription, est porteur de l'original en brevet, ou d'une expédition en bonne forme, de l'acte ou du jugement qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque, de telle sorte que ce fonctionnaire ne pourrait refuser d'opérer l'inscription, sous le prétexte que le requérant ne justifierait pas suffisamment de son pouvoir[16]. Art. 2148, al. 1er.

L'inscription opérée sur la réquisition d'un tiers, qui, n'ayant reçu aucun mandat à cet effet, aurait agi comme simple *negotiorum gestor*, ne serait pas nulle par ce motif, et profiterait au créancier qui jugerait convenable de se l'approprier[17]. Mais il est entendu que le débiteur sur lequel une inscription aurait été ainsi prise, pourrait, d'accord avec le créancier, en faire ordonner la radiation aux dépens du requérant, même avec dommages-intérêts, s'il y avait lieu[18].

3° Le conservateur des hypothèques ne doit, en général, et sauf les cas où la loi lui impose l'obligation de le faire d'office[19], opérer d'inscriptions, que lorsqu'il est régulièrement requis. Il devrait notamment s'abstenir d'inscrire d'office, soit l'hypothèque légale d'une femme mariée, d'un mineur, ou d'un interdit, soit l'hypothèque conventionnelle stipulée dans un acte de vente ou de donation, qui serait présenté à la formalité de la transcription[20].

S'il avait, de son propre mouvement et sans réquisition, pris des inscriptions pour de pareilles hypothèques, les parties intéressées seraient fondées à lui refuser le paiement de tous droits et salaires, et à l'actionner pour en faire ordonner la radiation à ses frais.

16 Troplong, III, 673. Duranton, XX, 88. Baudot, n° 217. Pont, n° 935. Zachariæ, § 270, texte et note 10.

17 Delvincourt, III, p. 166, n° 2. Troplong, III, 674. Voy. cep. Tarrible, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 5, n° 5.

18 C'est ce qui pourrait arriver dans le cas où un tiers, sans pouvoir de la part de l'une des personnes ayant qualité à cet effet, aurait fait inscrire l'hypothèque légale d'une femme mariée. Cpr. § 269, texte n° 2, note 32, et l'arrêt de Caen cité dans cette note.

19 Cpr. § 268, texte, notes 13 et 14.

20 Zachariæ, § 270, texte *in principio*, et note 2, *in fine*.

Mais les inscriptions ainsi prises, ne sont pas pour cela frappées de nullité; elles profitent aux créanciers qui entendraient les maintenir et se les approprier, comme leur profiteraient des inscriptions requises en leur nom par des tiers dépourvus de tout mandat de leur part[21].

§ 271.

Des personnes sur lesquelles l'inscription doit être prise. — Des titres en vertu desquels elle peut être requise.

1° L'inscription doit être prise sur la personne du chef de laquelle procède l'hypothèque qu'elle est destinée à rendre publique, c'est-à-dire, selon les cas, sur le débiteur direct et originaire, ou sur le tiers qui a fourni l'hypothèque[1].

21 Civ. rej., 13 juillet 1841, Sir., 41, 1, 731. Agen, 4 janvier 1854, Sir., 54, 2, 350. Cpr. Pont, nos 270 et 933; Flandin, *De la transcription*, II, 1123; Colmar, 30 mai 1865, Sir., 65, 2, 348. Voy. en sens contraire: Poitiers, 1er juillet 1831, Sir., 31, 2, 241; Nîmes, 29 novembre 1854, Sir., 55, 2, 512. Ces arrêts, qui décident que l'inscription d'office d'une hypothèque conventionnelle, stipulée dans un acte de vente ou de donation, est nulle et entraîne la nullité de celle prise en renouvellement par le créancier lui-même, méconnaissent l'objet de l'inscription hypothécaire, et créent une cause de nullité qui n'existe pas dans la loi. Étrangère à l'établissement et à la validité de l'hypothèque même, l'inscription est uniquement destinée à la rendre publique; le vœu de la loi est rempli dès que l'hypothèque a été portée à la connaissance du public, par le moyen d'une inscription opérée sur le registre tenu à cet effet, et réunissant les énonciations nécessaires. Qu'importe aux tiers que l'inscription ait été effectuée par suite d'une réquisition régulière, ou que le conservateur y ait procédé de son propre mouvement; comment pourraient-ils trouver, dans cette dernière circonstance, qui n'a pu les induire en erreur, ni leur causer dommage, un motif légitime de quereller l'inscription? D'un autre côté, si l'art. 2108 impose au conservateur l'obligation de prendre inscription d'office pour les créances privilégiées résultant d'actes de vente, aucune loi ne lui défend d'inscrire, sans réquisition de la part du créancier, une hypothèque conventionnelle; et l'on ne voit réellement pas pourquoi l'inscription prise par le conservateur de son propre mouvement serait nulle, et ne pourrait être invoquée par le créancier, alors cependant qu'une inscription provoquée par un tiers destitué de toute qualité pour la requérir, profite au créancier qui en réclame le bénéfice.

1 C'est ainsi que l'on doit entendre les termes *débiteur* et *individu grevé d'hypothèque*, qui se trovent dans le n° 2 de l'art. 2148. Martou, III, 1074. Pont, n° 976. Cpr. texte et note 5 *infra*.

Lorsque la personne sur laquelle l'inscription devait être prise, est décédée, le créancier a le choix[2] de la prendre sur le défunt même, ou sur ses héritiers désignés individuellement[3]. Art. 2149.

La faculté accordée au créancier de prendre inscription sous le nom du débiteur décédé, n'est soumise à aucune réserve ni restriction. Elle lui appartiendrait dans le cas même où les héritiers auraient reconnu la dette et en auraient fourni titre nouvel[4].

En cas d'aliénation de l'immeuble grevé, l'inscription peut toujours être prise sur le débiteur originaire ou le tiers qui a fourni l'hypothèque, sans qu'il soit nécessaire d'y désigner l'acquéreur[5]. Elle serait entachée de nullité, si elle avait été prise sur le tiers détenteur seulement[6].

2° L'inscription peut être requise en vertu de tout acte susceptible de conférer un privilége ou une hypothèque. C'est ainsi, par

[2] L'art. 2149 accorde au créancier une faculté destinée à lui faciliter l'inscription ; mais elle ne lui défend pas de la prendre sous le nom des héritiers du débiteur. Persil, sur l'art. 2149, n° 2. Pont, n° 973. Zachariæ, § 271, note 2.

[3] Si, au lieu d'user de la faculté de s'inscrire sous le nom du débiteur décédé, le créancier prenait inscription sur les héritiers, il devrait, en conformité de la règle posée par le n° 2 de l'art. 2148, les désigner individuellement par leurs noms, prénoms, domiciles et professions. Pont, n° 973. — Une inscription prise sur les héritiers, non individuellement désignés, du débiteur, serait cependant valable, si elle contenait, quant à ce dernier, une désignation suffisante. Civ. rej., 2 mars 1812, Sir., 12, 1, 257.

[4] L'argument en sens contraire que Persil (art. 2149, n° 3) a cru pouvoir tirer de l'art. 879, manque de fondement. Martou, III, 1113. Pont, n° 974.

[5] Vainement objecterait-on que les termes du n° 2 de l'art. 2148, *l'individu grevé d'hypothèque*, s'appliquent précisément au tiers détenteur des immeubles affectés à l'hypothèque, et que c'est par conséquent sur lui que l'inscription doit être prise. En effet, le sens de ces expressions se précise et se restreint par l'ensemble de la disposition précitée, dans laquelle elles sont évidemment employées comme indiquant la même personne, qui est d'abord désignée sous le nom de *débiteur*. Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 2, art. 16, n° 2. Grenier, I, 87. Duranton, XX, 110. Troplong, III, 681 *ter*. Pont, n° 975. Bruxelles, 7 mai 1807, Sir., 7, 2, 721. Paris, 10 février 1808, Sir., 8, 2, 289. Bruxelles, 2 janvier 1812, Sir., 12, 2, 325. Caen, 6 mai 1812, Sir., 12, 2, 451. Metz, 5 août 1819, Sir., 21, 2, 7. La Cour de cassation s'était d'abord prononcée en sens contraire (Req. rej., 13 thermidor an XII, Sir., 5, 1, 45), mais elle n'a pas persisté dans cette manière de voir. Voy. l'arrêt cité à la note suivante.

[6] Grenier, *op. et loc. citt.* Duranton, XX, 110 et 111. Civ. cass., 27 mai 1816, Sir., 16, 1, 265.

exemple, que le vendeur ou le copartageant est admis à requérir l'inscription de son privilége, lors même que la vente ou le partage n'a été consigné que dans un acte sous seing-privé[7]. C'est ainsi encore que les créanciers d'une succession peuvent requérir l'inscription exigée par l'art. 2111, bien que leurs créances ne soient constatées que par des actes sous seing-privé.

La circonstance que l'acte de constitution d'une hypothèque serait entachée d'une nullité simplement relative, et susceptible d'être effacée par confirmation, n'empêcherait pas que l'hypothèque ne pût être utilement inscrite dès avant la confirmation[8]. Mais si une hypothèque conventionnelle avait besoin, pour son existence ou sa validité, de la ratification d'un tiers, elle ne pourrait être efficacement inscrite qu'après cette ratification, et en vertu de l'acte qui la constaterait[9].

§ 272.

A partir de quelle époque, et jusqu'à quelle époque, l'inscription peut être prise[1].

1° L'inscription peut, en général, être requise immédiatement après l'acquisition de l'hypothèque[2].

7 Cpr. § 174 *bis*, texte et note 12. Delvincourt, III, p. 283 et 332. Grenier, II, 286. Duranton, XX, 98. Troplong, I, 285 *bis*. Pont, n° 266. Flandin, *De la transcription*, II, 1107 et 1116. Zachariæ, § 272, texte et note 2 ; § 276, texte et note 10. Civ. cass., 6 juillet 1807, Sir., 7, 2, 1137.

8 Cpr. § 266, texte n° 1, lett. *b*, notes 30 à 32. Zachariæ, § 272, note 1re. Civ. rej., 25 novembre 1856, Sir., 57, 1, 117. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 46.

9 Zachariæ, § 272, texte et note 1re. Paris, 11 août 1808, Sir., 8, 2, 287. Voy. en sens contraire : Req. rej., 3 août 1859, Sir., 59, 1, 801 et 811. Ce dernier arrêt confond deux choses essentiellement distinctes, à savoir la confirmation, par la personne même qui l'a passé, d'un acte annulable ou rescindable, et la ratification par un tiers, d'un acte passé en son nom, sans mandat de sa part. D'un autre côté, cet arrêt applique à tort à la constitution d'hypothèque, soumise à des solennités particulières, la maxime *Ratihabitio mandato æquiparatur*. Cpr. § 266, texte n° 1, lett. *a*, et note 6.

1 Nous ne ne traitons ici ces questions que par rapport aux hypothèques non dispensées d'inscription. Les règles relatives aux délais dans lesquels les hypothèques légales, dispensées d'inscription, doivent être inscrites, lorsqu'elles sont exceptionnellement soumises à cette formalité, ont déjà été développées au § 269.

2 Mais non auparavant. Req. rej., 12 juin 1807, Sir., 7, 1, 345. Req. rej., 1er mars 1860, Sir., 61, 1, 267.

Toutefois, et par exception à cette règle, l'hypothèque résultant d'un jugement de reconnaissance de signature, rendu sur une créance à terme ou conditionnelle, ne peut être valablement inscrite avant l'échéance du terme, ou l'accomplissement de la condition[3]. Loi du 3 septembre 1807, art. 1.

D'un autre côté, l'inscription d'une hypothèque consentie, dans le cas prévu par l'art. 2130, sur des biens présents et sur des biens à venir, ne peut être utilement prise, quant à ces derniers, qu'au fur et à mesure de leur acquisition[4].

2° Depuis l'abrogation de la loi du 11 brumaire an VII, à laquelle il nous paraît inutile de remonter, après les exposés historiques présentés aux §§ 207 et 257[5], la législation a passé par trois phases différentes, quant au point de savoir jusqu'à quelle époque l'inscription peut être efficacement prise.

a. Sous l'empire du Code Napoléon, et avant la mise à exécution du Code de procédure, l'inscription ne pouvait plus être prise utilement sur les immeubles qui, par suite d'une aliénation volontaire ou forcée, étaient sortis du patrimoine du débiteur. En d'autres termes, l'aliénation arrêtait par elle-même, et indépendamment de la transcription de l'acte d'aliénation, le cours des inscriptions des hypothèques procédant du chef du vendeur[6]. Art. 2166.

[3] Cpr. § 265, texte n° 4.

[4] Cpr. § 266, texte n° 1, lett. *a*, notes 26 et 27 ; § 273, texte et note 4.

[5] Nous nous bornerons à cet égard à faire remarquer que la publication du Code Nap. n'a pas valu transcription pour les aliénations consenties sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, et qu'ainsi les hypothèques procédant du chef du vendeur, ont pu être utilement inscrites, même depuis cette publication jusqu'au moment de la transcription. Civ. rej., 9 février 1818, Sir., 18, 1, 89. Civ. rej., 28 février 1861, Sir., 61, 1, 849.

[6] *Rapport fait au Tribunat* par Grenier (Locré, *Lég.*, XVI, p. 398, n° 38). Avis du Conseil d'État du 20 thermidor an XIII (Locré, *Lég.*, XXIII, p. 31 à 50). Maleville, sur l'art. 2182. Merlin, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 8 *bis*, n° 2. Persil, sur les art. 2181 et 2182. Grenier, *Des hypothèques*, II, 349 et 350. Sirey, *Consultation*, Sir., 13, 2, 145. Zachariæ, § 206, texte et note 4 ; § 271, texte et note 5. Paris, 22 décembre 1809, Sir., 10, 2, 192. Turin, 23 novembre 1810, Sir., 11, 2, 284. Civ. rej., 13 décembre 1813, Sir., 14, 1, 46. Civ. cass., 22 février 1825, Sir., 25, 1, 178. Voy. en sens contraire : Guichard, *Consultation*, Sir., 11, 2, 249 ; Bruxelles, 31 août 1808, Sir., 9, 2, 45 ; Lyon, 14 mars 1811, Sir., 11, 2, 454.

b. Ce principe fut modifié, en ce qui concerne les aliénations volontaires, par l'art. 834 du Code de procédure. Aux termes de cet article, les créanciers ayant hypothèque sur un immeuble, furent autorisés à l'inscrire utilement jusqu'à l'expiration de la quinzaine à dater de la transcription de l'acte d'aliénation. Cette faculté appartenait indistinctement aux créanciers hypothécaires du vendeur et à ceux des précédents propriétaires, à supposer, bien entendu, que les créanciers de cette dernière classe ne s'en trouvassent pas déjà déchus par suite de transcriptions antérieures. Mais aussi la transcription, faite par le dernier acquéreur, de son propre contrat, suffisait-elle pour rendre inefficaces les inscriptions prises, après le délai de quinzaine, même par des créanciers des précédents propriétaires; et cela, bien que ce contrat ne mentionnât pas les noms et les titres d'acquisition de ces derniers[7].

Dans ce système, la transcription ne formait point, comme dans celui de la loi du 11 brumaire an VII, une condition de la transmission de la propriété à l'égard des tiers; elle n'avait d'autre objet que de fixer le point de départ d'un délai de faveur pendant le-

[7] Duranton, XX, 360. De Fréminville, *De la minorité*, II, 1156. Civ. rej., 28 mai 1807, Sir., 7, 1, 295. Civ. rej., 13 décembre 1813, Sir., 14, 1, 46. Civ. rej., 14 janvier 1818, Sir., 18, 1, 300. Deux autres opinions ont été émises sur ce point. Suivant l'une, le cours des inscriptions ne pouvait être arrêté, quant aux hypothèques procédant du chef des précédents propriétaires, qu'au moyen de la transcription de l'acte par lequel chacun d'eux avait aliéné l'immeuble. Voy. en ce sens : Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 3, n°s 2 et 3; Dalloz, *Rép.*, v° Priviléges et Hypothèques, n° 2067. D'après l'autre, la transcription du dernier acte de mutation suffisait pour arrêter le cours des inscriptions sur les propriétaires antérieurs, mais à la condition que leurs noms et leurs titres d'acquisition y fussent exactement rappelés. Voy. en ce sens : Persil, sur les art. 2181 et 2182, n° 21; Grenier, II, 365; Battur, III, 548; Troplong, III, 913; Zachariæ, § 294, note 2. Ces deux opinions, qui nous paraissent avoir été inspirées par des réminiscences de la loi du 11 brumaire an VII, s'écartaient également de l'esprit de l'art. 834 du Code de procédure, dont la disposition, toute de faveur, avait eu principalement pour but d'empêcher que le débiteur ne pût, après avoir constitué des hypothèques sur un immeuble, les rendre inefficaces en l'aliénant immédiatement. Or, ce but se trouvait atteint, pour les créanciers des précédents propriétaires, tout aussi bien et mieux encore que pour ceux du dernier vendeur, par cela seul qu'ils étaient admis, même après plusieurs reventes de l'immeuble, à s'inscrire dans la quinzaine de la transcription du dernier acte de mutation.

quel les créanciers hypothécaires, antérieurs à l'aliénation, étaient encore admis à s'inscrire utilement.

Il résultait de là que, durant ce délai, les créanciers du vendeur ou des précédents propriétaires et ceux de l'acquéreur, étaient concurremment autorisés à prendre inscription sur l'immeuble aliéné, et que le rang entre les créanciers de ces deux classes se réglait uniquement par la date de leurs inscriptions respectives, sans que les créanciers du vendeur ou des précédents propriétaires pussent, en cette qualité, réclamer une préférence quelconque sur ceux de l'acquéreur[8].

Sauf le concours des créanciers de l'acquéreur, l'inscription prise, dans la quinzaine de la transcription de l'acte d'aliénation, par les créanciers des anciens propriétaires, produisait, en général, les mêmes effets que si elle avait été requise dès avant l'aliénation. Toutefois, ceux de ces créanciers dont les inscriptions étaient postérieures à la transcription, se trouvaient dans une position moins favorable que les créanciers inscrits antérieurement à l'accomplissement de cette formalité, en ce que l'acquéreur qui voulait purger son acquisition, n'était pas obligé de leur faire notifier son contrat, et qu'ils étaient ainsi exposés à encourir la déchéance de la faculté de surenchérir, sans avoir été mis personnellement en demeure de l'exercer. Code de procédure, art. 835.

Du reste, l'innovation législative, développée dans les propositions précédentes, ne régissait que les aliénations postérieures au 1er janvier 1807, époque de la mise à exécution du Code de procédure[9]. Art. 1041 de ce Code.

8 Tarrible, *Rép.*, v° Ordre de créanciers, § 2, n° 3. Troplong, III, 843. Zachariæ, § 271, texte et note 8. Req. rej., 3 brumaire an XIV, Sir., 6, 1, 92. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2177, n° 2; Pont, n° 1217. — Aujourd'hui, sous l'empire de la loi du 23 mars 1855, la question ne se présente plus de la même manière. Si le contrat de vente a été transcrit, les créanciers du vendeur, non antérieurement inscrits, sont déchus du droit de le faire, et par là toute possibilité de concours disparaît. Si, au contraire, le contrat de vente n'a pas été transcrit, les créanciers du vendeur qui, faute de transcription, est resté saisi de la propriété à l'égard des tiers, doivent par cela même l'emporter, quoique inscrits postérieurement à ceux de l'acquéreur. Voy. § 209, texte, lett. *c*, n° 2, et note 100.

9 Voy. les autorités citées à la note 6 *supra*.

La modification introduite par l'art. 834 du Code de procédure, relative seulement au cas d'aliénation volontaire [10], laissa subsister, quant à l'expropriation forcée par suite de saisie immobilière, le principe posé par le Code Napoléon, de telle sorte qu'aucune inscription ne pouvait être utilement prise sur l'immeuble saisi, postérieurement au jugement d'adjudication.

Mais cette modification fut étendue au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, par l'art. 17 de la loi du 7 juillet 1833, qui admit les créanciers hypothécaires à s'inscrire sur l'immeuble exproprié, dans la quinzaine de la transcription du jugement d'expropriation. Il y a mieux, l'art. 16 de la même loi rendit, en ce qui concerne les jugements d'expropriation, la transcription obligatoire, de facultative qu'elle était pour les actes d'aliénation volontaire. Les dispositions de la loi du 7 juillet 1833, qui viennent d'être analysées, ont été reproduites par les art. 16 et 17 de la loi du 3 mai 1841.

c. Dans le dernier état de la législation, tel qu'il se trouve fixé par la loi du 23 mars 1855, qui a prononcé l'abrogation des art. 834 et 835 du Code de procédure, les hypothèques procédant du chef du vendeur peuvent être inscrites même après l'aliénation; mais elles ne sont plus susceptibles de l'être d'une manière efficace, à partir de la transcription de l'acte qui la constate. Loi précitée, art. 6.

Quant aux hypothèques procédant du chef des précédents propriétaires, la transcription du titre du dernier acquéreur ne suffit pas à elle seule pour former obstacle à ce qu'elles soient inscrites utilement. Le cours des inscriptions des hypothèques existant du chef de propriétaires successifs n'est arrêté, pour chacun d'eux en particulier, qu'à partir de la transcription de l'acte par lequel il a aliéné l'immeuble [11].

Les règles précédentes s'appliquent tout aussi bien au cas

[10] Les adjudications faites par autorité de justice, autres que celles sur saisie immobilière, par exemple les ventes de biens de mineurs ou d'interdits, devaient, au point de vue de l'application de l'art. 834 du Code de procédure, être rangées dans la classe des aliénations volontaires. *Observations du Tribunat sur l'art. 775 du Code de procédure* (Locré, *Lég.*, XXII, p. 490, n° 104). Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 3, n° 7. Grenier, II, 306.

[11] Voy. à cet égard les développements donnés au § 209, texte, lett. C, n° 2, et notes 99 à 103.

d'expropriation forcée par suite de saisie immobilière, qu'à celui d'aliénation volontaire[12].

Mais elles sont étrangères à l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui reste régie par les dispositions spéciales des art. 16 et 17 de la loi du 3 mai 1841, auxquelles la loi générale du 23 mars 1855 n'a nullement dérogé[13].

L'art. 11 de la loi précitée, qui règle le passage de l'ancienne législation à la nouvelle, n'ayant pas compris l'art. 6 au nombre de ceux dont les dispositions restent inapplicables aux actes ayant acquis date certaine et aux jugements rendus avant le 1er janvier 1826, on doit en conclure que le sort des inscriptions prises depuis cette époque est exclusivement régi par la loi nouvelle, bien qu'elles se rapportent à des hypothèques résultant d'actes ou de jugements antérieurs[14]. Ainsi, une inscription prise depuis le 1er janvier 1856, pour sûreté d'une hypothèque antérieurement établie, reste sans effet, si elle est postérieure à la transcription de l'acte par lequel le débiteur a aliéné l'immeuble hypothéqué; et il importe même peu à cet égard que cette transcription ait été opérée, soit depuis, soit avant le 1er janvier 1856[15].

[12] Arg. art. 6 cbn. art. 1er, n° 4, de la loi du 23 mars 1855.

[13] Voy. pour la justification de cette proposition : § 209, texte, lett. A, n° 2, et notes 42 à 45.

[14] On ne saurait voir là une exception à la règle de la non-rétroactivité des lois, puisque les droits acquis sont respectés, et que la disposition de la loi nouvelle a seulemeut pour objet de régler la manière dont les hypothèques non inscrites sous la loi ancienne, se conserveront dans l'avenir. Aussi le principe, tel qu'il est posé au texte, n'a-t-il donné lieu à aucune contestation, et ne s'est-il produit de dissidence d'opinions que sur l'hypothèse qui sera examinée à la note suivante. Bressolles, *Exposé sur la transcription*, n° 108, p. 69. Rivière et François, *Explication de la loi du 23 mars 1855*, n° 145. Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, n° 416. Lesenne, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, n° 152. Gauthier, *Résumé de doctrine etc. sur la transcription*, n° 270. Flandin, *De la transcription*, II, 1491 à 1493. Mourlon, *De la transcription*, II, 1112.

[15] Cette solution est généralement adoptée pour le cas où la transcription n'a été opérée que depuis le 1er janvier 1856. Bressolles, *op. et loc. citt.* Rivière et Huguet, *op. cit.*, n° 418. Troplong, *De la transcription*, n° 354. Gauthier, *op. cit.*, n° 275. Flandin, *op. et loc. citt.* Mais elle est contestée pour le cas où la transcription, ayant été faite antérieurement au 1er janvier 1856, sous la date, par exemple du 25 décembre 1855, le délai de quinzaine accordé par l'art. 834 du Code de procédure n'était pas encore expiré lors de la mise à exécution de la

Ce qui a été dit jusqu'à présent ne concerne que les aliénations par actes entre vifs. Les legs à titre particulier transférant, dès l'instant du décès du testateur, et abstraction faite de toute transcription du testament, la propriété des immeubles légués, il en résulte que les créanciers hypothécaires du défunt ne pourraient plus, après l'ouverture de la succession, inscrire utilement leurs hypothèques sur ces immeubles[16].

Les créances hypothécaires non inscrites au délai utile retombent irrévocablement, et à tous égards, dans la classe des créances simplement chirographaires[17].

3° L'efficacité des inscriptions prises avant l'expiration des termes indiqués au n° 2 ci-dessus, est, en général, indépendante des cir-

loi nouvelle. Plusieurs auteurs soutiennent que, dans ce cas, l'inscription a pu, même après le 1er janvier 1856, être utilement requise jusqu'à l'expiration de ce délai de quinzaine. Voy. en ce sens : Bressolles, *op. et loc. citt.* ; Troplong, *op. cit.*, n° 353 ; Fons, *Précis sur la transcription*, nos 50 et 61 ; Gauthier, *op. cit.*, n° 274 ; Flandin, *op. cit.*, II, 1495 à 1497. On dit, à l'appui de cette opinion, que l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, en statuant qu'à partir de la transcription, les créanciers hypothécaires ne peuvent plus prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire, n'a eu en vue que les transcriptions opérées depuis le 1er janvier 1856, et qu'une transcription faite dès avant cette époque, sous l'empire de l'art. 834 du Code de procédure, n'a pu avoir d'autre effet que de mettre les créanciers en demeure de s'inscrire dans le délai de quinzaine, délai dont on ne saurait les priver sans porter atteinte à un droit acquis. Cette manière de voir ne nous paraît pas exacte. Le délai de quinzaine accordé par l'article précité n'était qu'un délai de faveur, auquel la loi nouvelle a pu mettre fin sans aucune espèce de rétroactivité, d'autant plus que cette loi ayant été promulguée neuf mois avant l'époque fixée pour sa mise à exécution, il a été satisfait à toutes les exigences de l'équité. D'un autre côté, il nous semble évident qu'une transcription opérée avant le 1er janvier 1856 a dû produire, à partir de cette époque, tous les effets que la loi du 23 mars 1855 attache à l'accomplissement de cette formalité, et nous ne comprendrions pas que les créanciers pussent encore, pour la conservation de leurs droits, réclamer, après la mise à exécution de la loi nouvelle, le bénéfice d'un délai que cette loi leur a enlevé en abrogeant la disposition antérieure qui le leur avait concédé. Enfin, il serait bizarre que l'acquéreur, qui, par le seul effet d'une transcription effectuée à partir du 1er janvier 1856, aurait immédiatement arrêté le cours des inscriptions, se trouvât de condition pire pour avoir été plus diligent. Voy. en ce sens : Rivière et Huguet, *op. cit.*, n° 417.

[16] Arg. art. 2166. Cpr. § 174, texte n° 3 et note 8. Troplong, *De la transcription*, n° 273. Mourlon, *De la transcription*, II, 582 et 583.

[17] Cpr. § 267, texte et note 3.

constances dans lesquelles elles ont été requises. Cette règle est cependant sujette à modification quant aux inscriptions portant sur les biens d'un failli, et sur les immeubles dépendants d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ou déclarée vacante.

a. Les inscriptions prises sur les immeubles d'un commerçant failli, même pour des hypothèques valablement acquises, restent sans effet au regard des créanciers de la masse, si elles ne l'ont été au plus tard la veille du jour auquel a été rendu le jugement déclaratif de faillite[18].

Il y a plus, les inscriptions prises, même avant le jugement déclaratif de faillite, mais depuis l'époque fixée par le tribunal de commerce comme étant celle de la cessation de paiements, ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque, peuvent être déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif d'hypothèque et celle de l'inscription[19]. Code de commerce, art. 448[20]. En faisant usage du pouvoir d'appréciation qui leur est accordé dans cette dernière hypothèse, les tribunaux doivent principalement prendre en considération la durée de l'intervalle qui s'est écoulé entre la constitution de l'hypothèque et son inscription; ils pourraient, malgré la bonne foi du créancier, annuler l'inscription, s'ils reconnaissaient que le retard qu'il a mis à s'inscrire, a été de nature à induire les tiers en erreur sur la situation du débiteur[21].

18 L'inscription serait tardive, si elle n'avait été prise que le jour même de la déclaration de faillite. C'est ce qui résulte nettement des termes du premier alinéa de l'art. 448 du Code de commerce, *jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite,* rapprochés du premier alinéa de l'art. 443 du même Code. Amiens, 26 décembre 1855, Sir., 56, 2, 563.

19 Ce délai est susceptible d'augmentation pour distance. Voy. Code de commerce, art. 448, al. 3.

20 Le premier alinéa de l'art. 2146 du Code Napoléon a été modifié par le second alinéa de l'art. 448 du Code de commerce révisé. D'après le premier de ces articles, les inscriptions prises daus les dix jours avant l'ouverture de la faillite étaient, par cela même, nulles de plein droit, tandis que, d'après le second, l'annulation n'en peut être demandée, qu'autant qu'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la constitution de l'hypothèque et l'inscription, et que, dans ce cas-là même, le juge n'est pas obligé d'en prononcer l'annulation.

21 Pont, n° 883. Demangeat sur Bravard, *Traité de Droit commercial,* V, p. 286, à la note. Bourges, 9 août 1848, Sir., 48, 2, 597. Req. rej., 17 avril 1849, Sir., 49, 1, 638. Colmar, 15 janvier 1862, Sir., 62, 2, 122. Req. rej., 2 mars 1863, Sir., 63, 1, 425. Cpr. cep. Rouen, 8 mai 1851, Sir,, 52, 2, 185.

L'inefficacité des inscriptions prises depuis le jour du jugement déclaratif de la faillite, est purement relative, et ne peut être opposée que par les créanciers de la masse. Il en résulte que le failli, après avoir obtenu un concordat, auquel n'aurait pas concouru le créancier hypothécaire tardivement inscrit, est non recevable à demander la radiation de son inscription, en offrant de lui payer le dividende fixé par le concordat[22].

L'art. 448 du Code de commerce ne s'applique pas aux inscriptions ayant pour objet des intérêts d'une créance hypothécaire valablement inscrite avant le jugement déclaratif de faillite[23].

D'un autre côté, la faillite ne forme aucun obstacle, ni aux inscriptions à requérir sur des immeubles acquis par le failli, qui a négligé de faire transcrire son titre[24], ni à celles à prendre, pour des dettes personnelles au failli, sur des immeubles qui ont passé dans les mains de tiers acquéreurs[25].

Les dispositions exceptionnelles des art. 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce sont spéciales à la faillite, et ne sauraient être étendues à la déconfiture d'un débiteur non commerçant[26]. Elle ne s'appliquent pas davantage au cas de cession de biens, volontaire ou judiciaire, en ce qui concerne du moins les créanciers qui n'ont point concouru au contrat d'abandonnement, ou qui n'ont point figuré au jugement par lequel la cession a été

[22] C'est ce qui résulte, à notre avis, sinon du texte, du moins de l'esprit de l'art. 448, qui n'a eu pour but que de protéger les intérêts des créanciers de la masse. Voy. en ce sens : Req. rej., 10 février 1863, Sir., 63, 1, 262.

[23] Voy. sur ce point : § 285, texte n° 3 et note 23.

[24] Dans cette hypothèse, celui qui requiert l'inscription n'est point un créancier du failli, voulant s'assurer un droit de préférence au préjudice de la masse, mais un créancier du vendeur d'immeubles acquis par le failli, qui entend rendre efficace son droit de suite à l'égard de ce dernier. Persil, sur l'art. 2146, n° 15. Grenier, II, 364. Trolong, III, 655 *ter*. Pont, n° 907.

[25] Cette hypothèse présente moins de difficulté encore que la précédente, puisque l'immeuble ayant cessé d'appartenir au failli, les intérêts des créanciers de la masse ne sont nullement en jeu. Persil, sur l'art. 2146, n° 11. Troplong, *loc. cit.* Pont, n° 908.

[26] Merlin, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 13. Persil, sur l'art. 2146, n° 11. Fournier-Verneuil, *Dissertation*, Sir., 11, 2, 273. Grenier, I, 123. Troplong, III, 661. Pont, n° 876. Zachariæ, § 271, texte et note 10. Req. rej., 11 février 1812, Sir., 13, 1, 124. Paris, 18 août 1812, Sir., 13, 2, 14. Rennes, 24 mars 1812, Sir., 14, 2, 61. Paris, 9 juin 1814, Sir., 15, 2, 237. Voy. en sens contraire : Bruxelles, 17 février 1810, Sir., 10, 2, 235.

admise[27]. Quant aux créanciers qui ont été parties dans ce contrat ou dans ce jugement, la question de savoir s'ils peuvent encore, par des inscriptions prises ultérieurement, rendre efficaces, au regard des autres créanciers, les hypothèques qui leur appartiennent, est une question d'application ou d'interprétation de la convention ou du jugement qui a admis la cession[28].

b. Les inscriptions prises sur les immeubles d'une succession, en vertu d'hypothèques procédant du chef du défunt[29], sont sans effet au regard des créanciers héréditaires, lorsque la succession n'a été acceptée que sous bénéfice d'inventaire. Art. 2146, al. 2[30].

Il en est ainsi dans le cas où, à raison de la condition personnelle des héritiers, la succession n'a pu être acceptée que sous bénéfice d'inventaire, comme dans celui où elle eût pu l'être purement et simplement[31]. Il importe également peu que les

[27] Persil, sur l'art. 2146, n° 10. Troplong, III, 662. Martou, III, 1047. Pont, n° 877. Zachariæ, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 4, n° 6 ; Grenier, I, 124 ; Dalloz, *Rép.*, v° Priviléges et Hypothèques, n° 1429. Cpr. § 266, texte n° 1, lett. *b*, notes 38 et 39.

[28] La question posée au texte devrait être résolue négativement, si la convention, par laquelle la cession a été admise, portait que le prix des biens cédés serait distribué entre les créanciers dans l'ordre des inscriptions alors existantes. En l'absence d'une clause aussi formelle, il appartiendrait aux tribunaux de décider la question par interprétation de l'intention commune des parties.

[29] Le second alinéa de l'art. 2146 n'a eu spécialement en vue que le cas où une hypothèque existant du chef du défunt n'aurait pas été inscrite de son vivant. Quant à la question de savoir si un créancier simplement chirographaire du défunt, ou un créancier personnel de l'héritier, peut acquérir, sur les immeubles de la succession, une hypothèque susceptible de lui conférer un droit de préférence vis-à-vis des créanciers héréditaires, elle se résout pour la négative ou pour l'affirmative, suivant qu'il y a ou qu'il n'y a pas séparation de patrimoines. Cpr. § 619.

[30] Cette disposition a fait l'objet de vives critiques, comme reposant sur une fausse assimilation de la succession bénéficiaire à la faillite. Si elle s'explique, jusqu'à un certain point, par la considération que, dans le cas où la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, le défunt n'a pas de représentant passif, et que son patrimoine forme le seul gage de ses créanciers, il est difficile cependant de ne pas reconnaître que le législateur a exagéré les conséquences de cette situation, en frappant d'inefficacité des inscriptions prises en vertu d'hypothèques valablement établies du vivant du défunt.

[31] Persil, sur l'art. 2146, n° 13. Duranton, XX, 82. Troplong, III, 659. Pont, n° 917. Zachariæ, § 271, note 14. Toulouse, 2 mars 1826, et Bordeaux, 24 juin 1826, Sir., 26, 2, 216 et 306. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 122.

inscriptions soient antérieures ou postérieures à l'acceptation bénéficiaire[32].

Mais le second alinéa de l'art. 2146 ne saurait être étendu au cas où la succession a été acceptée purement et simplement[33] ; et ce, quand même les créanciers héréditaires auraient fait prononcer la séparation des patrimoines[34]. Il y a mieux : les inscriptions prises sur les immeubles dépendants d'une succession bénéficiaire deviennent efficaces, lorsque l'héritier est déclaré héritier pur et simple, par suite, soit de l'annulation de son acceptation sous bénéfice d'inventaire, soit de la déchéance de ce bénéfice qu'il aurait ultérieurement encourue[35].

Lorsque la succession a été acceptée purement et simplement par quelques-uns des héritiers, et sous bénéfice d'inventaire par les autres, le sort des inscriptions prises sur les immeubles héréditaires, reste en suspens pendant la durée de l'indivision, de telle

[32] Merlin, *Quest.*, v° Succession vacante, § 1er. Grenier, I, 120. Troplong, III, 658 *ter*. Pont, n° 918. Zachariæ, § 271, texte et note 14.

[33] Arg. *a contrario*, art. 2146, al. 2. En vain opposerait-on l'ancienne maxime, que la mort fixe l'état des biens et des dettes d'un homme. Cette maxime, en effet, comme l'explique fort bien Lebrun (*Des successions*, liv. IV, chap. II, section 1re, n° 12), ne veut dire autre chose, si ce n'est que les créanciers simplement chirographaires du défunt ne peuvent jamais devenir créanciers hypothécaires de sa succession, mais seulement de son héritier. On ne saurait donc en conclure, sous l'empire de notre Droit nouveau, que la mort du débiteur arrête par elle-même le cours des inscriptions des hypothèques qu'il avait consenties. Le contraire résulte d'ailleurs de l'art. 2149, qui admet la possibilité d'inscriptions à prendre sur une personne décédée. Grenier, I, 128. Troplong, III, 660. Zachariæ, § 271, note 13. Cpr. Req. rej., 19 août 1818, Sir., 19, 1, 131.

[34] La séparation des patrimoines empêche bien qu'un créancier simplement chirographaire du défunt, puisse, au moyen d'une convention faite avec l'héritier, ou d'une condamnation obtenue contre lui, acquérir sur les immeubles de la succession une hypothèque opposable aux autres créanciers héréditaires ; mais c'est à cela que doit se borner son effet, d'après le but tout restreint pour lequel elle a été introduite. Elle ne saurait donc former obstacle à l'efficacité des inscriptions prises pour sûreté des hypothèques consenties par le défunt. Si l'acceptation sous bénéfice d'inventaire emporte virtuellement séparation des patrimoines, ce n'est pas un motif pour en conclure que cette séparation doive, comme l'acceptation bénéficiaire, arrêter le cours des inscriptions. Dalloz, *Rép.*, v° Priviléges et Hypothèques, n° 1432.

[35] Pont, n° 920. Dalloz, *Rép.*, v° Priviléges et Hypothèques, n° 1432. Caen, 16 juillet 1834, Sir., 35, 2, 559.

sorte que, si ces immeubles sont vendus en commun par les héritiers, ou sur les poursuites des créanciers, elles demeureront destituées de toute efficacité au regard de ces derniers, et que si, au contraire, ces immeubles sont partagés en nature, elles produiront leur effet quant à ceux qui tomberont aux lots des héritiers purs et simples[36].

La disposition de l'art. 2146, relative au cas d'acceptation bénéficiaire, est, comme celle qui concerne le cas de faillite, étrangère aux inscriptions ayant simplement pour objet la conservation des intérêts d'une créance hypothécaire, régulièrement inscrite dès avant l'ouverture de la succession[37].

D'un autre côté, l'acceptation bénéficiaire ne forme, pas plus que la faillite, obstacle aux inscriptions à prendre sur les immeubles dont le défunt était tiers détenteur, ni à celles à requérir, pour des dettes à lui personnelles, sur des immeubles qu'il avait aliénés[38].

Du reste, la disposition du second aliné de l'art. 2146 s'applique, par identité absolue de raison, aux inscriptions prises sur les immeubles d'une succession vacante[39].

[36] D'après l'opinion commune, il suffirait que la succession eût été acceptée sous bénéfice d'inventaire par un seul des héritiers, pour entraîner l'application de l'art. 2146, même aux parts héréditaires afférentes à ceux des héritiers qui l'ont acceptée purement et simplement. Voy. en ce sens : Delvincourt, III, p. 355 ; Pont, n° 919 ; Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 1443. Mais cette opinion nous paraît aller trop loin. A notre avis, il faut admettre ici une distinction analogue à celle que nous établirons au § 619, texte n° 6, sur le point de savoir dans quelles limites l'acceptation sous bénéfice d'inventaire par l'un des héritiers opère séparation des patrimoines, lorsque les autres ont accepté la succession purement et simplement, distinction qui a été formellement consacrée par la Cour de cassation. Civ. cass., 25 août 1858, Sir., 59, 1, 65. Cpr. Duranton, XX, 84 ; Rouen, 1er mars 1817, Sir., 17, 2, 173 ; Req. rej., 19 août 1818, Sir., 19, 1, 131. Ces deux derniers arrêts ne sont nullement contraires à notre manière de voir. Dans l'espèce sur laquelle ils ont été rendus l'un et l'autre, les immeubles héréditaires n'avaient pas été partagés en nature, mais vendus en commun, de sorte que l'on se trouvait précisément dans l'hypothèse où, d'après notre manière de voir, l'inscription devait demeurer sans effet.

[37] Paris, 14 novembre 1828, Sir., 29, 2, 14.

[38] Pont, n° 928. Cpr. texte, notes 24 et 25 *supra*.

[39] Tarrible, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 4, n° 5. Merlin, *Quest.*, v° Succession vacante, § 1er. Persil, sur l'art. 2146, n° 14. Grenier, I, 120. Battur, III, 413. Troplong, III, 659 *ter*. Duranton, XX, 83. Pont, n° 916. Flandin,

Mais il est bien entendu que ces inscriptions deviendraient efficaces, si la vacance venait à cesser, et que la succession fût acceptée purement et simplement.

§ 273.

De la spécialité de l'inscription, quant aux immeubles grevés.

Conformément au principe de la spécialité des hypothèques, l'inscription doit contenir la désignation de chacun des immeubles grevés. (*Inscription spéciale.*) Art. 2148, n° 5, al. 1er.

Cette règle reçoit exception à l'égard des hypothèques légales établies par l'art. 2121, et des hypothèques judiciaires. Il suffit, pour ces hypothèques, que l'inscription énonce qu'elle est prise sur la généralité des immeubles présents et à venir du débiteur, ou même simplement qu'elle l'est sur tous ses biens[1]. (*Inscription générale.*) L'inscription formulée en ces termes frappe tous les immeubles que le débiteur possède, ou qu'il pourra acquérir, à un titre quelconque, dans l'arrondissement du bureau où elle a lieu, sans qu'il soit nécessaire de prendre de nouvelles inscriptions à chaque acquisition faite par le débiteur[2]. Art. 2148, n° 5, al. 2[3].

La règle de la spécialité de l'inscription subsiste dans toute sa force, en ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle constituée

De la transcription, II, 1183. Zachariæ, § 271, texte et note 15. Voy. en sens contraire : Mourlon, *De la transcription*, II, 660 ; Grenoble, 28 janvier 1818, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 347. Si nous admettons l'application du second alinéa de l'art. 2146 au cas de succession vacante, après en avoir rejeté l'extension au cas de cession de biens, c'est par la raison qu'il n'y a pas identité entre les deux situations, puisque le débiteur qui a fait cession de biens, n'en reste pas moins personnellement obligé envers ses créanciers, qui ne sont pas réduits à se coutenter du gage que leur présentent les biens cédés.

[1] Pont, n° 1000.

[2] Tarrible (*Rép.*, v° Inscr. hyp., § 5, n° 12) a soutenu le contraire ; mais son opinion n'a pas trouvé de partisans. Voy. Merlin, *loc. cit.* ; Persil, sur l'art. 2148, § 5, n° 3 ; Grenier, I, 193 ; Troplong, III, 690 et 691 ; Zachariæ, § 273, texte et note 1re ; Rouen, 22 mai 1818, Sir., 18, 2, 230 ; Civ. cass., 3 août 1819, Sir., 19, 1, 359 ; Metz, 23 avril 1823, Sir., 25, 2, 88. — Cpr. sur le rang que confèrent les inscriptions générales : § 291.

[3] La rédaction de la disposition finale de l'art. 2148 laisse à désirer : les mots *à défaut de convention*, ne peuvent, en effet, s'entendre que de la réduction volontaire de l'hypothèque légale des femmes mariées, des mineurs, ou des interdits, et n'expriment pas d'une manière complète la pensée de la loi.

sur des biens à venir, dans le cas prévu par l'art. 2130. Ainsi, d'une part, la première inscription doit contenir une désignation spéciale des immeubles que le débiteur possédait déjà à l'époque de la constitution de l'hypothèque. D'autre part, le créancier est tenu de requérir, au fur et à mesure des acquisitions faites par le débiteur, des inscriptions supplémentaires sur chacun des immeubles nouvellement acquis, et son hypothèque ne prend date, quant à ces immeubles, que du jour des inscriptions dans lesquelles ils sont désignés [4].

L'exception admise pour les hypothèques légales établies par l'art. 2121, et pour les hypothèques judiciaires, ne doit d'ailleurs être étendue, ni au privilége du Trésor public sur les biens des comptables [5], ni à l'hypothèque établie par l'art. 490 du Code de commerce sur les biens du failli [6], ni au droit de préférence attaché à la séparation des patrimoines [7].

Il existe, entre les hypothèques légales exceptées de la règle de la spécialité de l'inscription et les hypothèques judiciaires, cette différence, que le créancier ayant une hypothèque de la dernière espèce, peut, à son choix, prendre une inscription générale ou une inscription spéciale [8], tandis que les personnes chargées d'inscrire une hypothèque de la première espèce sont tenues, à moins qu'elle n'ait été valablement restreinte, de prendre une inscription générale, et ne rempliraient pas suffisamment l'obligation qui leur incombe, en ne requérant qu'une inscription spéciale.

[4] Cpr. § 266, texte n° 1, lett. *a*, notes 26 et 27. Tarrible, *op. et v° citt.*, § 5, n° 12, *in fine*. Persil, sur l'art. 2130, n° 5. Grenier, I, 62. Troplong, II, 540. Duranton, XIX, 379. Pont, n° 685; et *Revue de législation*, 1846, II, p. 327. Zachariæ, § 266, texte, notes 5 et 24; et § 273, texte et note 2. Paris, 23 février 1835, Sir., 35, 2, 209. Poitiers, 23 février 1844, Sir., 45, 2, 212. Civ., cass., 27 avril 1846, Sir., 46, 1, 369. Grenoble, 17 février 1847, Sir., 48, 2, 55. Voy. cependant en sens contraire : Favard, *Rép.*, v° Hypoth., sect. 2, § 3, n° 10; Rolland de Villargues, *Rép. du Notariat*, v° Hypoth., n° 282 ; Angers, 14 juillet 1842, Sir., 42, 2, 469.

[5] Cpr. § 263 *bis*, texte n° 1, lett. *d*. Pont, n° 1001.

[6] Cpr. § 264, texte et note 16.

[7] C'est ce que l'art. 2111 indique nettement par ces mots : « les inscriptions « faites *sur chacun* de ces biens. » Voy. § 619, texte n° 4.

[8] Zachariæ, § 273, texte et note 10. Cpr. Req. rej., 21 novembre 1827, Sir., 28, 1, 163.

§ 274.

De la spécialité de l'inscription, en ce qui concerne la créance pour sûreté de laquelle elle est prise.

Le principe de la spécialité des hypothèques, combiné avec celui de la publicité, exige non-seulement que l'inscription contienne la désignation de chacun des immeubles grevés, mais aussi qu'elle énonce, d'une manière précise, la somme à laquelle s'élève, en principal et en accessoires, la créance pour sûreté de laquelle elle est prise[1]. Art. 2148, n° 4.

Lorsque le titre qui sert de base à l'inscription, ne précise aucune somme d'argent, soit parce que l'obligation est indéterminée[2], soit parce qu'elle consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose, soit enfin parce qu'elle a pour objet des prestations en nature, le créancier doit évaluer en argent le montant de sa créance. L'obligation d'énoncer le capital de la créance incombe également à l'inscrivant, lorsqu'il s'agit d'une rente en argent, et surtout d'une rente viagère[3].

1 Pont, n° 702. Zachariæ, § 274, texte et note 1re.

2 En mettant sur la même ligne les droits éventuels, conditionnels, ou indéterminés, l'art. 2148, n° 4, semble exiger l'évaluation du capital, toutes les fois qu'il s'agit d'une créance ayant l'un ou l'autre de ces caractères. Mais il n'en est point ainsi en réalité. Le montant d'une créance, quoique simplement éventuelle ou conditionnelle, peut se trouver fixé *a principio*, par le titre même qui l'établit ; et, en pareil cas, il ne saurait évidemment être question d'une évaluation à faire par le créancier : c'est l'indétermination de la créance qui, seule, rend cette évaluation nécessaire. Merlin, *Rép.*, v° Inscr. hyp. § 5, n° 11. Pont, n° 989.

3 L'art. 2148 exige l'évaluation du capital des rentes, sans distinguer entre les rentes en argent et celles en nature, ni entre les rentes perpétuelles et les viagères. Et de fait, il importe que l'inscription prise pour sûreté d'une rente, de quelque nature qu'elle soit, fixe les tiers sur le capital de la rente ou sur celui qui sera nécessaire pour en assurer le service, sans qu'ils aient à se livrer, à leurs risques et périls, à une estimation quelconque. Voy. cep. Persil, sur l'art. 2148, § 4, n° 4; Pont, n° 990. Ces auteurs pensent que, relativement aux rentes en argent, le vœu de la loi serait suffisamment rempli, si l'inscription contenait, avec l'indication du montant des arrérages, celle du taux auquel la rente a été constituée. Cette double indication pourrait, à la rigueur, être considérée, pour les rentes perpétuelles, comme équipollente à une évaluation de la créance, dont le capital se déterminerait d'une manière certaine au moyen d'une simple opération de multiplication. Mais il en est autrement en ce qui concerne les rentes viagères, dont la valeur capitale ne saurait se déterminer par une

L'évaluation du capital, faite dans l'inscription, limite bien l'effet de celle-ci, en ce sens que le créancier ne peut, en aucun cas, exercer son hypothèque, en vertu et à la date de cette inscription, pour une somme supérieure à celle qui s'y trouve portée [4]; mais elle n'arrête définitivement le montant de la créance, ni en faveur du créancier, ni contre lui. Il en résulte, d'une part, que les tiers, créanciers ou acquéreurs, sont toujours admis à contester l'évaluation faite par l'inscrivant, et que le débiteur lui-même peut en demander la réduction, si elle est excessive. Il en résulte, d'autre part, qu'en cas d'insuffisance de l'évaluation, le créancier serait autorisé à prendre une inscription complémentaire, mais dont l'effet ne remonterait pas au-delà de sa date [5].

La loi dispense de la nécessité de l'évaluation dont il s'agit, les inscriptions relatives aux hypothèques légales établies par l'art. 2121. Art. 2153, n° 3 [6].

Cette faveur ne doit être étendue, ni aux hypothèques judiciaires [7],

opération de ce genre. Dans ce cas, l'évaluation à faire par le créancier devra porter sur le capital estimé nécessaire pour assurer le service de la rente, pendant toute la vie de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée. Cpr. Req. rej., 5 novembre 1862, Sir., 63, 1, 261. Voy. cep. Paris, 30 mars 1831, Sir., 31, 2, 198; Paris, 10 mars 1832, Sir., 32, 2, 408.

[4] Tarrible, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 5, n° 11. Troplong, III, 683. Pont, n° 990. Liége, 24 août 1809, Sir., 10, 2, 372. Voy. en sens contraire : Orléans, 9 avril 1829, Sir., 29, 2, 204. Cet arrêt, qui a décidé que le créancier d'une rente en grains était en droit de réclamer collocation pour un capital déterminé d'après les bases indiquées par la loi des 18-29 décembre 1790, tit. III, art. 7, bien que ce capital fût de beaucoup supérieur à l'évaluation contenue dans l'inscription, a méconnu l'objet de l'évaluation exigée par le n° 4 de l'art. 2148, ainsi que les principes essentiels de notre régime hypothécaire. La même critique s'adresse aux deux arrêts de la Cour de Paris cités à la fin de la note précédente.

[5] Voy. sur ces deux propositions : les auteurs cités à la note précédente.

[6] Voy. pour l'explication détaillée de cet article : § 275.

[7] Tarrible, *op.*, *v° et loc. citt.* Grenier, I, 83. Battur, III, 112. Pont, n° 989. Dalloz, *Rép.*, v° Priv. et Hyp., n° 1567. La doctrine contraire, professée par MM. Troplong (III, 684), Duranton (XX, 117), et Zachariæ (§ 274, texte et note 2), a été consacrée par de nombreux arrêts. Voy. Paris, 16 mars 1822, Sir., 22, 2, 381; Req. rej., 4 août 1825, Sir., 26, 1, 122; Rouen, 19 février 1828, Sir., 28, 2, 171; Limoges, 5 décembre 1839, Sir., 40, 2, 245; Rouen, 8 février 1851, Sir., 51, 2, 715. Malgré l'autorité si grave d'une jurisprudence uniforme, nous n'hésitons pas à reproduire l'opinion que nous avions émise sur la question dans nos précédentes éditions. Il serait difficile de contester que l'éva-

ni au privilége du vendeur, en tant que le prix de vente consisterait en une rente en grains, ni au privilége des copartageants pour la garantie des lots, ni enfin au droit de préférence compétant aux créanciers qui demandent la séparation des patrimoines, et dont les créances seraient indéterminées.

Pour assurer aux accessoires de la créance le même rang qu'au capital, l'inscription doit en indiquer le montant, ou en donner l'évaluation. C'est ce qui a lieu pour les intérêts ou arrérages échus, pour les dommages-intérêts, et pour les frais formant des

luation dans l'inscription du montant des créances indéterminées, soit un élément nécessaire à la réalisation complète du double principe de la publicité et de la spécialité des hypothèques ; et cela étant, on doit en conclure que le législateur a exigé cette évaluation, non comme une formalité spéciale aux hypothèques conventionnelles, mais à titre de règle générale, applicable aux hypothèques judiciaires, par cela même qu'elles n'en ont pas été formellement dispensées. Cette conclusion se justifie par la circonstance que c'est dans l'art. 2148, qui a pour objet de régler la forme commune de l'inscription, que la loi prescrit l'évaluation des créances indéterminées. Elle se corrobre par la considération que la disposition finale du n° 3 de l'art. 2153 eût été complétement inutile et resterait inexplicable, si, comme on le prétend, le n° 4 de l'art. 2148 avait été rédigé dans une pensée restrictive. L'on comprend parfaitement que la nature particulière des hypothèques légales établies par l'art. 2121, et la faveur qui s'y attache, aient porté le législateur à dispenser les inscriptions relatives à ces hypothèques, de la formalité de l'évaluation qu'il venait de prescrire, d'une manière générale, pour l'inscription des créances indéterminées ; tout s'explique et se coordonne ainsi dans notre système. Mais les mêmes raisons ne militaient point en faveur des hypothèques judiciaires, et l'on ne pourrait justifier, au point de vue législatif, l'extension à ces hypothèques, de la dispense établie en faveur des hypothèques légales. Ajoutons que la doctrine que nous combattons, conduirait forcément à décider que l'évaluation des créances indéterminées n'est jamais requise pour l'inscription des priviléges, ce qui laisserait dans la loi une lacune regrettable, ou supposerait une incohérence choquante dans ses dispositions. Quant à l'argument que l'on tire, contre notre opinion, des termes du n° 4 de l'art. 2148, *dans les cas où cette évaluation est ordonnée*, il nous touche d'autant moins que, si les rédacteurs du Code avaient entendu rappeler la disposition de l'art. 2132, et restreindre la formalité de l'évaluation aux seules hypothèques conventionnelles, ils se seraient exprimés non au pluriel, mais au singulier, en disant *dans le cas* où cette évaluation est ordonnée. L'emploi du pluriel autorise à dire que, dans leur pensée, l'évaluation était exigée comme formalité ordinaire pour l'inscription des créances indéterminées, et que la formule dont ils se sont servis, n'est autre chose qu'une réserve faisant allusion à la disposition exceptionnelle du dernier numéro de l'art. 2153.

accessoires de la créance, tels que le coût des inscriptions hypothécaires, les droits avancés par le créancier pour l'obtention ou l'enregistrement de son titre, et les dépens à lui dus par suite de contestations relatives à la validité ou à l'exécution de ce titre [8]. Le créancier qui aurait négligé d'indiquer le montant, ou de donner l'évaluation des accessoires dont il vient d'être parlé, ne pourrait, en ce qui les concerne, réclamer le bénéfice de son hypothèque, à moins qu'il n'eût réparé cette omission au moyen d'une inscription supplémentaire, dont l'effet toutefois ne remonterait pas au-delà de sa date.

Quant aux intérêts ou arrérages à écheoir, l'inscription prise pour le capital, avec indication du taux des intérêts ou du montant de la rente, les conserve de plein droit au rang du capital même, mais seulement pour deux années et l'année courante. Ce rang ne pourrait, par aucun moyen, leur être assuré pour un temps plus ou moins long, sauf au créancier à prendre, pour les intérêts ou arrérages devenus successivement exigible, des inscriptions particulières, ayant effet à partir de leur dates respectives. Art. 2151 [9].

§ 275.

Des conditions à remplir par celui qui requiert l'inscription, et de la manière dont elle s'opère.

Celui qui requiert une inscription, doit représenter au conservateur des hypothèques, l'original [1] ou une expédition authentique de l'acte ou du jugement qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque qu'il s'agit d'inscrire. Cette condition n'est cependant pas exigée pour l'inscription des hypothèques légales établies

[8] Il n'y a pas lieu de mentionner dans l'inscription le montant éventuel des frais que pourront occasionner la réalisation du gage et la procédure d'ordre : le sort de ces frais est réglé par des dispositions spéciales. Cpr. Code de procédure, art. 713, 714, 759, 766, 774. Cpr. aussi : art. 2181, 2104 et 2107. Pont, n° 991.

[9] Voy. pour l'explication de cet article : § 285.

[1] Les termes de l'art. 2148, *original en brevet*, ne s'appliquent rigoureusement qu'aux actes notariés reçus en brevet ; mais il est évident que, lorsqu'il s'agit du privilége résultant d'un acte de vente ou de partage sous seing privé, le conservateur des hypothèques est tenu d'opérer l'inscription sur la présentation de cet acte. C'est par ce motif que, dans le texte, nous disons simplement l'original de l'acte, sans reproduire les mots *en brevet*. Pont, n° 943.

par l'art. 2121[2]. Elle ne l'est pas davantage pour l'inscription de l'hypothèque légale grevant les immeubles du failli. Code de commerce, art. 490. Enfin, il semble que les créanciers d'une succession, qui veulent s'assurer le droit de préférence attaché à la séparation des patrimoines, doivent être admis à requérir inscription, en produisant leurs titres de créance quels qu'ils soient, et à défaut de titre, sur la seule déclaration de la cause et de la nature de leurs créances[3].

A défaut de représentation du titre, le conservateur peut bien refuser de déférer à la réquisition qui lui est adressée ; mais l'omission de cette formalité n'entraînerait pas la nullité de l'inscription qu'il aurait consenti à opérer[4].

A l'acte d'où résulte le privilége ou l'hypothèque, le requérant doit joindre deux bordereaux, dont l'un peut être porté sur cet acte. Art. 2148, al. 2. Lorsque le débiteur a, par un même acte, constitué hypothèque sur les mêmes immeubles au profit de plusieurs créanciers, ceux-ci peuvent, bien que leurs créances soient distinctes, requérir inscription au moyen d'un bordereau collectif rédigé en double[5]. La remise de bordereaux n'est, par plus que la représentation du titre, exigée à peine de nullité, et l'inscription que le conservateur aurait dressée lui-même sans cette remise préalable, ne pourrait être critiquée par ce motif[6].

[2] L'art. 2153, relatif à l'inscription de ces hypothèques, n'exige que la remise de bordereaux, et ne parle pas de la représentation du titre, qui est dans la loi même et se rattache à des faits réputés notoires. Grenier, I, 84. Pont, n° 939. Zachariæ, § 277, note 1re, *in fine*.

[3] Pont, n° 944. Voy. cep. Duranton, XX, 99.

[4] L'omission de cette formalité, exigée principalement dans l'intérêt du conservateur des hypothèques, peut d'autant moins entraîner la nullité de l'inscription, que la loi n'a prescrit aucune mention pour constater la représentation du titre. Tarrible, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 5, n° 6. Persil, sur l'art. 2148, n° 4. Troplong, I, 677. Pont, n° 940. Zachariæ, § 277, note 2. Riom, 6 mai 1809, Sir., 10, 2, 39. Civ. cass., 18 juin 1823, Sir., 23, 1, 337. Req. rej., 19 juin 1833, Sir., 33, 1, 641.

[5] Pont, nos 952 et suiv. Civ. rej., 17 décembre 1845, Sir., 46, 1, 185. Voy. en sens contraire : Baudot, I, 356 ; Mourlon, *Revue pratique*, I, p. 96.

[6] La production de bordereaux n'est exigée que dans l'intérêt respectif du créancier et du conservateur des hypothèques. Delvincourt, III, p. 334. Troplong, III, 678. Pont, n° 949. Zachariæ, *loc. cit.* Cpr. § 270, texte n° 3, *in fine*, et note 18.

Les bordereaux doivent contenir les mentions et énonciations constitutives de l'inscription même, telles qu'elles seront indiquées au paragraphe suivant.

Le conservateur des hypothèques, régulièrement requis de procéder à une inscription, est tenu de faire tout aussitôt mention, sur son registre d'ordre, de la réception des pièces qui lui ont été remises. Art. 2200[7]. Il doit ensuite opérer l'inscription à la date et dans l'ordre de la remise des pièces, en reportant sur le registre à ce destiné le contenu au bordereau, et rendre au requérant, avec le titre ou l'expédition du titre, l'un des bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription. Art. 2150. Il n'est, du reste, obligé à se livrer à aucun travail de vérification ou de rectification des bordereaux ; sa responsabilité est complétement à couvert, lorsqu'il a fidèlement reproduit dans l'inscription le contenu des bordereaux, et surtout quand il les a littéralement transcrits[8].

Les frais de l'inscription sont, sauf stipulation contraire, à la charge du débiteur[9]. L'avance en est cependant faite par le requérant, à moins qu'il ne s'agisse de l'inscription des hypothèques légales établies par l'art. 2121, auquel cas le conservateur ne peut en exiger l'avance, et n'a de recours que contre le débiteur. Art. 2155.

§ 276.

Des éléments constitutifs de l'inscription. — Des conséquences de l'omission ou de l'irrégularité des mentions et énonciations requises.

1° L'inscription doit, en général, contenir les éléments suivants :

a. Les nom, prénoms, domicile du créancier, sa profession, s'il en a une, et l'élection d'un domicile pour lui dans un lieu quel-

[7] Voy. pour l'explication de cet article : § 268, texte et note 11.

[8] Cpr. Instruction de la Régie de l'enregistrement du 13 avril 1865, Sir., 66, 2, 35.

[9] Le tuteur peut cependant porter en dépense les frais d'inscription de l'hypothèque légale de son pupille. Persil, sur l'art. 2153, n° 4. Taulier, VII, 355. Martou, III, 1175. Zachariæ, § 277, note 13. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 730 *bis;* Pont, n° 1065.

conque de l'arrondissement du bureau[1]. L'élection de domicile est requise alors même que le créancier a son domicile général dans cet arrondissement[2]. Art. 2148, n° 1. Il est loisible au créancier, ainsi qu'à ses représentants, ou cessionnaires par acte authentique[3], de changer, sur le registre des inscriptions, le domicile par lui élu, à la charge d'en choisir un autre dans le même arrondissement. Art. 2152.

b. Les nom, prénoms, domicile du débiteur, et sa profession, s'il en a une connue, ou une désignation individuelle et spéciale telle, que le conservateur puisse reconnaître et distinguer, dans tous les cas, l'individu sur lequel l'inscription est prise. Art. 2148, n° 2.

c. La date et la nature du titre qui a donné naissance au privilége ou à l'hypothèque formant l'objet de l'inscription[4]. Lorsque ce titre a été suivi d'un acte de reconnaissance, qui en a interrompu la prescription, il n'est pas indispensable que l'inscription relate également cet acte[5]. Art. 2148, n° 3.

d. L'indication du montant de la dette avec ses accessoires, et celle de l'époque de son exigibilité.

[1] Cette élection de domicile est uniquement relative aux significations ou notifications qu'il y aurait lieu de faire aux créanciers inscrits ou à leurs ayants-droit, au sujet de leurs inscriptions mêmes, ou pour les mettre en demeure de faire valoir leurs droits hypothécaires. Cpr. art. 2156, 2183; et Code de proc., art. 692 et 753. — Elle ne s'applique point à la signification d'offres réelles qu'un créancier postérieur en rang ferait à un créancier antérieur, dans le but d'obtenir la subrogation à ses droits et actions. Civ. rej., 5 décembre 1854, Sir., 54, 1, 282.

[2] *Lex non distinguit*. Cpr. art. 2156. Persil, sur l'art. 2148, n° 9. Pont, n° 966. Zachariæ, § 277, note 3. Cpr. note 21 *infra*.

[3] Si la cession de la créance inscrite n'était constatée que par un acte sous seing privé, le conservateur ne devrait mentionner le changement du domicile élu qu'avec le concours du créancier lui-même.

[4] Cpr. Bordeaux, 6 mai 1848, Sir., 49, 2, 649. — Lorsque l'inscription est prise par le cessionnaire de la créance, elle doit toujours mentionner l'acte constitutif du privilége ou de l'hypothèque, sans qu'il soit nécessaire qu'elle relate également l'acte de cession. Req. rej., 4 avril 1810, Sir., 10, 1, 218. Civ. cass., 7 octobre 1812, Sir., 13, 1, 111. Paris, 3 juillet 1815, Sir., 16, 2, 1. Civ. cass., 25 mars 1816, Sir., 16, 1, 233. Req. rej., 11 août 1819, Sir., 19, 1, 450.

[5] Req. rej., 30 mai 1843, Sir., 43, 1, 476.

Lorsque le montant du capital de la dette n'est pas exprimé dans le titre, il doit être indiqué dans l'inscription, sous la forme d'une évaluation faite par le créancier. Il en est de même quant aux accessoires éventuels ou indéterminés. Art. 2143, n° 4[6].

L'exigibilité est suffisamment indiquée, lorsque l'inscription porte que la créance est exigible[7]. A plus forte raison n'est-il pas nécessaire, quand l'inscription est prise pour une créance *actuellement* exigible, de déclarer à quelle époque l'exigibilité a commencé[8]. Dans les inscriptions prises pour sûreté de rentes perpétuelles ou viagères, le créancier n'est pas tenu de mentionner les circonstances à raison desquelles le capital pourrait, en vertu de la loi elle-même, devenir exceptionnellement exigible. Quant à l'époque de l'exigibilité des arrérages, elle se trouve exprimée d'une manière suffisante par l'indication de la date du titre[9].

e. Enfin, l'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels le créancier entend conserver son privilége ou son hypothèque. Art. 2148, n° 5[10].

Lorsque l'inscription a pour objet l'hypothèque légale de l'État, d'une commune ou d'un établissement public, d'un mineur, d'un interdit, ou d'une femme mariée, il suffit qu'elle contienne, avec les énonciations mentionnées aux deux premiers numéros de l'art. 2148, l'indication de la nature des droits ou des créances à conserver, et du montant des droits qui se trouveraient déjà déterminés. Art. 2153 cbn. art. 2148, n° 5, al. 2[11].

Les droits et reprises d'une femme mariée sont à considérer comme indéterminés dans le sens de l'art. 2153, tant qu'ils n'ont

[6] Voy. sur la nécessité et les effets de l'évaluation des créances indéterminées et de celle des accessoires éventuels : § 274.

[7] Req. rej., 1er février 1825, Sir., 25, 1, 287. Req. rej., 26 juillet 1825, Sir., 26, 1, 92.

[8] Nîmes, 23 décembre 1810, Sir., 11, 2, 73. Req. rej., 9 juillet 1811, Sir., 11, 1, 320. Req. rej., 23 juillet 1812, Sir., 13, 1, 257.

[9] Tarrible, *Rép.*, v° Inscript. hypoth., § 5, n° 11, 2° et 3°. Zachariæ, § 277, note 5. Bruxelles, 17 février 1807, Sir., 10, 2, 260. Req. rej., 9 juillet 1811, Sir., 11, 1, 195. Cpr. cep. décision du grand juge du 21 juin 1808, Sir., 8, 2, 230.

[10] Voy. sur la distinction entre les inscriptions générales et les inscriptions spéciales : § 273. Cpr. sur le mode de désignation des biens soumis à une hypothèque spéciale : § 266, n° 3, et notes 58 à 62.

[11] Voy. §§ 273 et 274.

pas été réglés au moyen d'une liquidation faite après la dissolution du mariage, où à la suite d'une séparation de biens judiciaire. Jusque-là, il n'est donc pas nécessaire d'indiquer dans l'inscription le montant des récompenses ou indemnités qui peuvent être dues à la femme, à raison d'actes ou de faits déjà consommés, ni même le montant de ses apports ou des biens qui lui seraient échus pendant le mariage [12].

2° Le Code Napoléon n'ayant pas expressément déterminé l'influence que l'omission ou l'irrégularité de l'une ou l'autre des mentions et indications exigées par les art. 2148 et 2153 exerce sur le sort des inscriptions hypothécaires, l'on doit, pour la solution des questions que soulève le silence de la loi à ce sujet, s'en tenir à la théorie des nullités virtuelles, telle qu'elle a été exposée au § 37.

L'application de cette théorie aux inscriptions hypothécaires conduit à distinguer, parmi les mentions et énonciations requises par les art. 2148 et 2153, celle dont l'insertion est indispensable à la complète réalisation du double principe de la spécialité et de la publicité des hypothèques, et que par ce motif on peut appeler *substantielles*, de celles qui, au point de vue de ce double principe, n'ont qu'un objet accessoire ou secondaire, et que l'on nomme *règlementaires*.

L'omission de toute mention ou énonciation substantielle entraîne la nullité de l'inscription où elle se rencontre, sans que le juge puisse se dispenser de prononcer cette nullité, par le motif que l'omission dont il s'agit n'aurait, en fait, causé aucun préjudice aux tiers qui s'en prévalent.

Au contraire, l'omission d'une mention ou énonciation simplement règlementaire n'est pas une cause de nullité de l'inscription et n'a d'autre effet que d'exposer le créancier à perdre certains avantages que l'inscription lui eût assurés, si elle avait été complétement régulière [13].

[12] Pont, n° 997. Rouen, 13 juin 1850, Dalloz, 1850, 2, 120.

[13] Cpr. § 37, texte et notes 8 à 10. Zachariæ, § 278. Deux autres opinions se sont formées sur les conséquences de l'omission ou de la défectuosité de telle ou telle des énonciations exigées par les art. 2148 et 2153. D'après la première, l'omission, ou même la simple défectuosité de chacune de ces énonciations, entraînerait nécessairement la nullité de l'inscription. Ce système, que la Cour de cassation avait suivi dans les premières années de la promulgation du Code, comme sous l'empire de la loi de brumaire an VII, a été, avec raison, aban-

On doit, d'après l'esprit de la loi, qui veut que l'inscription fournisse aux tiers, par elle-même, et sans qu'ils aient à se livrer à

donné par elle dès 1809, et ne compte plus aujourd'hui de partisans. Voy. Merlin, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 5, n° 8. Un second système tend à transformer la question qui nous occupe en une simple question de fait, et peut se résumer dans cette formule : la validité ou la nullité de l'inscription dépeud du point de savoir si l'omission reprochée a, oui ou non, lésé un intérêt que la publicité devait éclairer. Ce système, fondé sur l'ancienne maxime *Point de nullités sans griefs*, et qui a pour défenseurs MM. Troplong (III, 665, et Sir., 35, 2, 129) et Pont (n° 959), a été consacré en Belgique par la loi du 16 décembre 1851, art. 85. Voy. Martou, III, 1103 et 1110. Mais, en l'absence de toute disposition semblable, il ne saurait être admis dans notre Droit, puisqu'il méconnaît l'objet des art. 2148 et 2153, et qu'il aurait pour résultat final d'enlever toute signification à leurs dispositions. La forme même de ces articles et l'énumération détaillée des mentions ou énonciations requises indiquent nettement que le législateur a jugé nécessaire de déterminer lui-même, et en dehors de toute appréciation judiciaire des faits de la cause, les éléments que l'inscription doit contenir pour réaliser les principes fondamentaux de la spécialité et de la publicité, tels qu'il les comprenait et qu'il entendait les organiser. Cette pensée législative, dont il serait difficile de contester la réalité, trace à la doctrine et à la jurisprudence la voie à suivre pour l'application des art. 2148 et 2153, et circonscrit le cercle dans lequel l'interprétation peut se mouvoir. Tout ce qu'en présence de cette pensée il est permis de faire, c'est précisément de se rattacher à la distinction des énonciations substantielles et des énonciations simplement règlementaires, pour maintenir les inscriptions hypothécaires dont les omissions ne porteraient que sur des mentions de la dernière espèce. Aller au delà et prétendre tout réduire à l'existence d'un préjudice causé, c'est se mettre en opposition ouverte avec l'esprit de la loi. Aussi les auteurs que nous combattons n'appliquent-ils pas franchement le principe tel qu'ils le posent, et se trouvent-ils, comme par la force des choses, amenés à le combiner avec la distinction des énonciations substantielles et des mentions simplement règlementaires. Or, rien n'est plus inconséquent que cette combinaison, puisque la donnée de formalités substantielles emporte, comme conséquence virtuelle, la nullité de droit des actes dans lesquels ces formalités n'ont pas été observées; et en suivant avec quelque attention les développements de ce système mixte, on est amené à se demander si les auteurs qui le défendent, estiment véritablement qu'une inscription hypothécaire incomplète ou irrégulière ne doit être annulée qu'autant qu'il est certain, en fait, que l'omission a causé un préjudice au demandeur, ou si, au contraire, ils entendent que l'omission ou la défectuosité de l'une ou l'autre des énonciations requises par la loi entraîne la nullité de l'inscription, toutes les fois et par cela seul qu'étant de nature à induire les tiers en erreur, elle contenait le germe ou la possibilité d'un préjudice pour eux. La théorie que nous avons exposée au texte nous paraît préférable, et parce qu'elle respecte la pensée du législateur, et parce qu'elle s'appuie sur les principes généraux en ma-

d'autres investigations, les éléments nécessaires pour les éclairer sur la position hypothécaire du débiteur, considérer comme substantielles, et par suite comme entraînant par leur omission la nullité de l'inscription, les énonciations suivantes :

a. Une désignation assez complète ou précise du débiteur hypothécaire pour qu'il soit impossible de le confondre avec toute autre personne[14].

b. La mention de la date, et une indication suffisante de la nature du titre en vertu duquel l'inscription est prise[15].

tière de nullités. Elle se trouve du reste consacrée par une jurisprudence nettement établie de la Cour de cassation, dont nous n'admettons cependant pas indistinctement toutes les solutions de détail. Voy. les arrêts cités aux notes suivantes. Cpr. en sens divers : Persil, sur l'art. 2148; Delvincourt, III, p. 342 à 349; Toullier, VII, 507 à 518; Grenier, I, 70 et suiv.; Duranton, XX, 104 et suiv.; Taulier, p. 336 et suiv.

14 Cette proposition en elle-même est incontestable; et la seule question sur laquelle la rédaction, un peu équivoque, du n° 2 de l'art. 2148 puisse laisser quelque doute, est de savoir si la désignation individuelle et spéciale dont parle cet article, est non-seulement susceptible de suppléer au défaut d'indication de la profession du débiteur, mais peut encore équivaloir à la mention de son nom, de ses prénoms, ou de son domicile. L'affirmative, que justifie complétement la rédaction plus précise du n° 2 de l'art. 2153, est aujourd'hui généralement admise. Cpr. tant sur cette question, que sur la proposition émise au texte : Merlin, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 5, n°s 8 et 9; Troplong, III, 680; Pont, n°s 977 et 978; Zachariæ, § 278, texte et note 8; Civ. rej., 2 mars 1812, Sir., 12, 1, 257; Civ. rej., 17 novembre 1812, Sir., 13, 1, 364; Req. rej., 8 juillet 1840, Sir., 40, 1, 990; Civ. rej., 13 juillet 1841, Sir., 41, 1, 731; Caen, 24 février 1846, Sir., 47, 2, 478.

15 Il est, en premier lieu, hors de doute, que le défaut d'indication portant tout à la fois sur la date et sur la nature du titre, doit entraîner la nullité de l'inscription, qui ne fournirait en pareil cas aux tiers intéressés, aucun moyen d'apprécier immédiatement, ni même de vérifier l'existence et la légitimité du prétendu droit hypothécaire. Aussi ce premier point paraît-il admis par une jurisprudence à peu près uniforme. Voy. en ce sens : Merlin, *op. et v° citt.*, § 5, n° 10, et v° Hypothèque, sect. II, § 2, art. 10; Persil, sur l'art. 2148, § 3, n°s 1 et 2; Grenier, I, 77; Duranton, XX, 112 et suiv.; Zachariæ, § 278, texte et note 9; Req. rej., 1er mai 1860, Sir., 61, 1, 267; et les arrêts cités à l'occasion du second point qui va être examiné. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 510; Troplong, III, 682; Taulier, VII, p. 340; Pont, n° 984; Bordeaux, 14 juillet 1837, Sir., 37, 2, 222. Nous croyons, en second lieu, que l'omission, soit seulement de la date, soit seulement de la nature du titre, suffirait pour entraîner la nullité de l'inscription. Voy. en ce sens, quant à la date

c. L'indication du montant de la créance hypothécaire[16], ou l'évaluation de cette créance dans les cas où elle est requise[17].

d. L'époque de l'exigibilité de la créance[18].

du titre : Civ. cass., 22 avril 1807, Sir., 7, 1, 233; Civ. rej., 7 septembre 1807, Sir., 8, 1, 92; Civ. rej., 4 avril 1810, Sir., 10, 1, 218; Civ. cass., 7 octobre 1812, Sir., 13, 1, 111; Civ. cass., 19 juin 1833, Sir., 33, 1, 641. Cpr. Civ. rej., 17 novembre 1812, Sir., 13, 1, 364. Voy. en sens contraire : Toulouse, 27 mai 1830, Sir., 31, 2, 50. Voy. quant à la nature du titre : Req. rej., 11 mars 1816, Sir., 16, 1, 407; Douai, 7 janvier 1819, Sir., 20, 2, 99; Toulouse, 23 mai 1820, Sir., 20, 2, 292; Req. rej., 1er février 1825, Sir., 25, 1, 287; Req. rej., 26 juillet 1825, Sir., 26, 1, 92. Tous ces arrêts admettent implicitement la solution que nous avons donnée; seulement considèrent-ils comme suffisante, en ce qui concerne les hypothèques conventionnelles, la mention que l'inscription est prise pour sûreté d'une créance résultant d'un acte reçu par tel notaire, sans exiger l'énonciation de la cause spéciale qui a donné naissance à la créance. En l'absence de toute définition légale de ce qu'on doit entendre par *nature du titre*, nous sommes d'autant plus portés à donner notre adhésion à ce tempérament, que les tiers trouveront, dans l'indication de l'exigibilité de la créance, les renseignements qui, sous le rapport de la nature du titre, peuvent leur être réellement utiles, quand il s'agit d'une hypothèque conventionnelle. Mais il n'en serait plus de même en matière de priviléges; et, dans ce cas, l'énonciation de la cause spéciale de la créance nous paraîtrait indispensable.

16 Zachariæ, § 278, texte et note 11. Cpr. Civ. cass., 11 novembre 1811, Sir., 12, 1, 132.

17 Voy. § 274. Pau, 16 juin 1832, Sir., 32, 2, 571. Riom, 18 janvier 1844, Sir., 44, 2, 166. Cpr. Civ. cass., 12 janvier 1835, Sir., 35, 1, 11.

18 Arg. loi du 4 septembre 1807. Merlin, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 5, n° 11. Grenier, I, 79. Duranton, XX, 126. Baudot, n° 285. Pont, nos 992 et suiv. Zachariæ, § 277, texte et note 5; § 278, texte et note 11. Liége, 24 août 1809, Sir., 10, 2, 372. Civ. rej., 15 janvier 1817, Sir., 17, 1, 148. Req. rej., 9 août 1832, Sir., 32, 1, 481. Nîmes, 28 novembre 1832 et 9 janvier 1833, Sir., 33, 2, 198. Poitiers, 19 mars 1835, Sir., 35, 2, 239. Civ. cass., 28 mars 1838, Sir., 38, 1, 417. Civ. cass., 19 août 1840, Sir., 40, 1, 686. Limoges, 8 mars 1844, Sir., 46, 2, 30. Req. rej., 15 novembre 1852, Sir., 53, 1, 793. Civ. cass., 30 juin 1863, Sir., 63, 1, 441. Grenoble, 10 mars 1865, Sir., 66, 2, 23. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 685. Pour écarter l'argument que nous tirons de la loi du 4 septembre 1807, le savant magistrat dit que cette loi ne s'est en aucune manière préoccupée de l'avenir, et que, rendue dans le seul but de tempérer l'excessive rigueur d'une jurisprudence qui ne s'est pas maintenue, elle ne fournit plus aujourd'hui de solide raison de décider. M. Pont (n° 993) ne partage pas cette appréciation et déclare adopter, mais à regret, la solution donnée au texte.

c. Enfin, quand il s'agit d'inscriptions spéciales, une désignation de la nature et de la situation des immeubles grevés, assez précise pour qu'on ne puisse les confondre avec d'autres immeubles[19].

Au contraire, on ne doit considérer comme substantielles, ni l'indication exacte des nom, prénoms, profession et domicile du créancier[20], ni la mention d'une élection de domicile par lui faite dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau[21]. L'omission

[19] Ce point n'est pas contesté et ne saurait l'être en principe ; mais on est divisé d'opinion sur les éléments que la désignation des immeubles hypothéqués doit comprendre pour remplir le vœu de la loi. Cpr. à cet égard : § 266, texte n° 3, notes 58 à 61. Zachariæ, § 278, texte et note 12. — M. Pont (n°s 1004 et 1005) fait remarquer que la rédaction du n° 5 de l'art. 2148, comparée à celle de l'art. 2129, permet de se montrer moins exigeant pour l'indication des immeubles grevés dans l'inscription, que pour leur désignation dans l'acte constitutif de l'hypothèque, et qu'une désignation collective, insuffisante sous le rapport de la constitution hypothécaire, peut, dans telles circonstances données, être tenue pour suffisante, sous le rapport de la publicité, quand il ne s'agit plus que de la validité de l'inscription. Cette observation ne nous paraît pas concluante. Il est évident, en effet, que le n° 5 de l'art. 2148 se réfère à l'art. 2129, et doit être entendu dans le même sens que ce dernier.

[20] Merlin, *Quest.*, v° Inscription hypothécaire, § 4. Toullier, VII, 510. Grenier, I, 97. Troplong, III, 629. Taulier, VII, p. 339. Pont, n° 669. Zachariæ, § 278, texte et note 6. Civ. rej., 15 mai 1809, Sir., 10, 1, 22. Req. rej., 15 février 1810, Sir., 10, 1, 179. Civ. cass., 1er octobre 1810, Sir., 10, 1, 383. Civ. rej., 17 mars 1813, Sir., 13, 1, 364. Civ. rej., 26 juillet 1825, Sir., 26, 1, 92. Cpr. cep. Persil, sur l'art. 2148, § 1; Duranton, XX, 107; Solon, *Des nullités*, I, 362; Req. rej., 6 juin 1810, Sir., 10, 1, 290.

[21] En effet, l'élection de domicile que le créancier doit faire, n'a de rapport direct, ni avec la spécialité, ni avec la publicité des hypothèques, et ne concourt en aucune manière à la réalisation de ce double principe. Cette formalité n'a d'autre objet que de faciliter aux tiers acquéreurs ou créanciers, les notifications ou significations qu'ils peuvent avoir à faire au sujet de l'inscription ou des immeubles grevés, et la seule sanction qui doive s'attacher à l'omission de l'élection de domicile, eu égard à son but, est de priver le créancier du droit d'exiger, et d'attendre pour agir, les notifications ou significations dont s'agit. Merlin, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 5, n° 8; et *Quest.*, *eod. v°*, § 4. Delvincourt, III, p. 345. Grenier, I, 97. Battur, III, 433. Troplong, III, 679. Pont, n° 978. Baudot, I, 240. Zachariæ, § 278, texte et note 7. Metz, 2 juillet 1812, Sir., 12, 2, 388. Grenoble, 10 juillet 1823, Sir., 24, 2, 79. Riom, 7 mars 1825, Sir., 28, 2, 71. Paris, 8 août 1832, Sir., 33, 2, 95. Limoges, 10 décembre 1845, Sir., 47, 2, 197. Agen, 4 janvier 1854, Sir., 54, 2, 350. Alger, 21 novembre 1856, Sir., 57, 2, 302. Orléans, 4 juin 1860, et Agen, 7 février 1861, Sir., 61, 2, 449 et 450. Alger, 8 janvier 1863, Sir., 63, 2, 28. Cepen-

ou la défectuosité de ces énonciations n'entraîne pas la nullité de l'inscription, et n'a d'autre effet que d'exposer le créancier à ne pas recevoir les notifications qui, au cas de purge, de saisie immobilière, et d'ouverture d'ordre, doivent être faites aux créanciers régulièrement inscrits, et à perdre ainsi ses droits sur le gage hypothécaire, par le fait de la réalisation de ce gage opérée à son insu.

Les erreurs ou défectuosités qui se rencontreraient dans des mentions ou indications même exigées à peine de nullité, n'entraînent la nullité de l'inscription, qu'autant qu'elles équivalent à l'omission même de la formalité, ou, en d'autres termes, qu'elles sont assez graves pour que l'inscription ne satisfasse plus au vœu de la loi[22]. En dehors de cette hypothèse, les erreurs ou irrégularités existant dans une inscription hypothécaire pourraient bien faire encourir certains désavantages au créancier, mais ne motiveraient plus

dant la Cour de cassation, dont la doctrine a été suivie par Persil (sur l'art. 2148, § 1, n° 7), Duranton (XX, 107) et Solon (*op. et loc. citt.*), et par plusieurs Cours impériales (Douai, 7 janvier 1819, Sir., 20, 2, 99; Orléans, 1er décembre 1836, Sir., 37, 2, 89; Nîmes, 10 décembre 1849, Sir., 50, 2, 77; Paris, 8 juillet 1852, Sir., 53, 2, 144), a, par une jurisprudence demeurée invariable jusqu'en 1863, décidé que l'élection de domicile constituait une formalité substantielle, et que son omission devait entraîner la nullité de l'inscription, au cas même où le créancier, domicilié dans l'arrondissement du bureau des hypothèques, aurait indiqué ce domicile dans l'inscription. Voy. Req. rej., 2 mai 1816, Sir., 16, 1, 245; Civ. cass., 27 août 1828, Sir., 35, 1, 5, à la note; Civ. cass., 6 janvier 1835, Sir., 35, 1, 5; Civ. cass., 26 juillet 1836, Sir., 36, 1, 556; Civ. cass., 11 décembre 1843, Sir., 44, 1, 46; Civ. cass., 26 juillet 1858, Sir., 58, 1, 812. Depuis, et par arrêt de rejet rendu, Chambres réunies, le 14 janvier 1863 (Sir., 63, 1, 73), la Cour régulatrice a jugé que la mention du domicile réel du créancier dans l'arrondissement du bureau des hypothèques, contenait virtuellement élection de domicile au lieu même où se trouve indiqué le domicile réel, et attribuait à ce dernier tous les effets d'un domicile élu. Cette décision, qui crée une sorte de présomption légale d'élection de domicile, alors que, d'après son objet et ses effets, la constitution d'un domicile élu semble exiger un acte spécial et exprès de volonté, nous paraît pour le moins contestable, et nous ne croyons devoir l'adopter qu'en tant qu'elle serait l'indice et le point de départ d'un retour sur la jurisprudence antérieure.

22 Voy. quant aux erreurs portant sur la date ou sur la nature du titre: Metz, 12 juillet 1811, Sir., 12, 2, 62; Civ. rej., 17 août 1813, Sir., 14, 1, 226; Req. rej., 9 novembre 1815, Sir., 16, 1, 151; Req. rej., 1er février 1825, Sir., 25, 1, 287; Req. rej., 26 juillet 1825, Sir., 26, 1, 92.

l'annulation de l'inscription. C'est ainsi que l'erreur commise par le créancier dans l'indication du montant, ou dans l'évaluation de sa créance, est sans conséquence pour lui, lorsqu'il a dépassé la mesure ou la valeur réelle de ses droits, et que, s'il est resté au-dessous de cette valeur, son erreur n'a d'autre effet que de restreindre l'exercice de l'hypothèque à la somme portée dans l'inscription[23]. C'est ainsi encore que le défaut d'indication des accessoires de la créance, à l'égard desquels la mention est exigée, ne préjudicie point à l'inscription quant au capital, et prive seulement le créancier de la faculté de réclamer ces accessoires à son rang hypothécaire[24]. Enfin, l'inexactitude commise dans l'indication de l'époque de l'exigibilité de la créance, est sans importance, quand le créancier a avancé cette époque[25]; et, dans l'hypothèse contraire, l'irrégularité ne peut être opposée que par les créanciers dont les droits sont devenus efficaces dès avant l'époque d'exigibilité indiquée dans l'inscription.

D'un autre côté, il n'est pas nécessaire, pour la validité de l'inscription, que les mentions ou énonciations exigées par les art. 2148 et 2153 y aient été insérées sous la forme et dans les termes mêmes indiqués par la loi : il suffit qu'elles s'y trouvent par équipollence ou en termes équivalents[26]. Ainsi, par exemple, la nature et la situation des immeubles grevés sont suffisamment indiquées, lorsque s'agissant de l'hypothèque constituée sur un domaine connu sous une désignation spéciale, l'inscription a été prise sur le domaine ainsi désigné[27]. De même encore, l'époque de l'exigibilité de la créance doit être considérée comme virtuellement et suffisamment indiquée par la mention que l'inscription est prise en vertu de tel jugement rendu par défaut, et pour sûreté des condamnations pro-

[23] Cpr. § 274. Pont, n° 287. Zachariæ, § 278, note 10. — Il est bien entendu qu'en cas d'exagération dans l'indication du montant de la créance, ou dans son évaluation, le débiteur serait admis à demander la réduction de l'inscription. Art. 2132, et arg. de cet article.

[24] Troplong, III, 683. Zachariæ, *loc. cit.*

[25] Metz, 12 juillet 1811, Sir., 12, 2, 62. Civ. rej., 3 janvier 1814, Sir., 14, 1, 82.

[26] Tarrible, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 5, n° 11, 1°. Zachariæ, § 278, texte et note 13. Riom, 3 août 1827, Sir., 30, 2, 31. Req. rej., 15 novembre 1852, Sir., 52, 1, 793. Req. rej., 15 juin 1864, Sir., 64, 1, 254.

[27] Cpr. § 266, texte n° 3 et note 59.

noncées[28]. Une pareille solution semblerait devoir être admise, bien que le jugement eût été rendu contradictoirement, si l'inscription énonçait qu'elle a été prise pour sûreté de condamnations prononcées à raison d'effets de commerce protestés[29]. Mais il en serait autrement, si l'inscription portait, sans autre énonciation, qu'elle a été prise en vertu d'un jugement de condamnation, même émané d'un tribunal de commerce[30].

La question de savoir si telle ou telle mention ou indication insérée dans l'inscription, contient ou non les éléments exigés par la loi à peine de nullité, n'est pas une simple question de fait, abandonnée à l'appréciation souveraine des tribunaux, mais une question de droit, dont la solution erronée tombe sous la censure de la Cour de cassation[31]. Il en est de même du point de savoir si l'inscription contient implicitement telle énonciation, par exemple celle de l'époque de l'exigibilité de la créance, qui ne s'y trouverait pas explicitement insérée[32].

[28] Comme, en pareil cas, le débiteur qui ne s'est pas défendu, ne peut avoir obtenu de délai, il est certain pour les tiers que la condamnation était exigible à la date même du jugement qui l'a prononcée. Chamb. réun. rej., 6 décembre 1844, Sir., 45, 1, 31. Req. rej., 8 mars 1853, Sir., 55, 1, 214.

[29] Arg. art. 157 et 187 du Code de commerce. Req. rej., 23 juillet 1812, Sir., 13, 1, 257. Cpr. aussi: Rouen, 8 février 1851, Sir., 51, 2, 715.

[30] Req. rej., 9 août 1832, Sir., 32, 1, 481. Nîmes, 28 novembre et 9 janvier 1833, Sir., 33, 2, 198. Civ. cass., 28 mars 1838, Sir., 38, 1, 417.

[31] La distinction des énonciations requises par les art. 2148 et 2153, en substantielles et en simplement règlementaires, une fois admise en droit, et comme règle pour l'annulation ou le maintien des inscriptions dont la validité serait contestée, il doit appartenir à la Cour de cassation d'examiner si l'inscription satisfait, pour telle ou telle mention substantielle, au prescrit de la loi. Et tel est, en effet, le point de vue auquel cette Cour se place en ce qui concerne la désignation du débiteur (cpr. Req. rej., 8 juillet 1840, Sir., 40, 1, 990; Civ. rej., 13 juillet 1841, Sir., 41, 1, 731), et auquel elle s'était également attachée quant à la désignation des immeubles grevés (cpr. Civ. rej., 6 mars 1820, Sir., 20, 1, 73; Req. rej., 19 février 1828, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, 9, 1, 38). Mais un arrêt plus récent de la Chambre des requêtes, du 15 février 1836 (Sir., 36, 1, 81), ne semble plus voir, à tort selon nous, qu'une simple question de fait dans celle de savoir si la désignation des immeubles hypothéqués, telle qu'elle est donnée par l'inscription, est ou non suffisante au point de vue du principe de la spécialité. Cpr. § 266, note 60.

[32] Civ. cass., 28 mars 1838, Sir., 38, 1, 164. Civ. cass., 19 août 1840, Sir., 40, 1, 686. Chamb. réun. rej., 6 décembre 1844, Sir., 45, 1, 31. Req. rej., 15 novembre 1852, Sir., 52, 1, 793.

Du reste, la validité des inscriptions hypothécaires se juge uniquement d'après leur état même, c'est-à-dire d'après la forme sous laquelle elles ont été portées sur les registres destinés à les recevoir. Ainsi, une inscription régulière ne peut être annulée à raison de la défectuosité du bordereau, sur la présentation duquel elle a été effectuée ; et réciproquement, la régularité du bordereau ne saurait couvrir les vices de l'inscription[33].

Les actions en nullité d'inscriptions hypothécaires se portent devant le tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel sont situés les immeubles hypothéqués. Art. 2156 et 2159.

Les exploits d'assignation relatifs à de pareilles demandes se donnent au créancier, soit à sa personne ou à son domicile réel, soit au dernier des domiciles élus sur le registre. Art. 2156.

§ 277.

De la rectification des inscriptions irrégulières[1].

Les omissions ou erreurs existant dans une inscription peuvent provenir, soit de l'irrégularité des bordereaux, soit d'une inadvertance de la part du conservateur des hypothèques.

Au premier cas, l'inscription ne peut être rectifiée qu'à la demande du créancier ou d'un tiers agissant en son nom, et sur la production de nouveaux bordereaux ; au second, elle peut aussi l'être d'office par le conservateur, sans qu'il soit besoin, dans l'une ni dans l'autre hypothèse, d'un jugement préalable qui ordonne ou autorise la rectification[2].

La rectification s'opère au moyen d'une nouvelle inscription, portée sur les registres hypothécaires à la date courante. Pour prévenir tout double emploi, le conservateur doit relater l'ancienne

33 Avis du Conseil d'État des 11-26 septembre 1810. Persil, sur l'art. 2150. Grenier, II, 530. Pont, nos 948 et 1012. Zachariæ, § 278, texte et note 1re. Civ. cass., 22 avril 1807, Sir., 7, 1, 233.

1 Voy. la loi du 4 septembre 1807, spéciale à la rectification des inscriptions dans lesquelles on avait omis de mentionner l'époque de l'exigibilité de la créance. Cpr. Civ. cass., 9 avril 1811, Sir., 11, 1, 204.

2 Avis du Conseil d'État des 11-26 décembre 1810, relatif au mode de rectification des erreurs ou irrégularités commises sur les registres hypothécaires. Zachariæ, § 279, texte *in principio*.

inscription, tant en marge de l'inscription rectifiée, que dans les extraits qu'il en délivre[3].

La rectification n'a d'effet que pour l'avenir, et ne valide pas rétroactivement l'inscription primitive. Il en était autrement des rectifications opérées en vertu de la loi du 4 septembre 1807, les inscriptions rectifiées devant, aux termes de l'art. 2 de cette loi, être considérées comme ayant toujours été complètes.

§ 278.

Des règles spéciales concernant la conservation des priviléges soumis à la condition de publicité.

Les règles générales exposées aux paragraphes précédents sur la formalité de l'inscription s'appliquent, sous les modifications qui seront ci-après indiquées, aux priviléges dont l'efficacité est soumise à la condition de publicité. Art. 2106.

1° Le vendeur conserve son privilége, indépendamment de toute inscription, par la transcription de l'acte de vente constatant que tout ou partie du prix lui est encore dû[1], peu importe que cette formalité ait été accomplie à la diligence du vendeur lui-même ou à la requête de l'acquéreur[2]. Art. 2108. Mais la transcription d'un acte de revente serait insuffisante pour conserver le privilége du vendeur originaire, encore que cet acte mentionnât que le prix lui reste dû en tout ou en partie[3].

Le vendeur peut aussi, sans transcription préalable, conserver son privilége au moyen d'une inscription[4].

[3] Cette mesure de précaution, que l'avis précité du Conseil d'État n'exige que pour les rectifications opérées d'office par le conservateur, semble devoir s'appliquer également aux rectifications requises par les parties intéressées. Cpr. § 268, texte et note 17.

[1] Voy. sur ce point : § 263, texte n° 1. Cpr. sur cette matière : *De l'effet de la transcription relativement au privilége et au droit de résolution du vendeur*, par Duvergier, Paris 1864, br. in-8° ; *Du privilége du vendeur et de l'action résolutoire*, par Audier, *Revue pratique*, 1867, XXIII, p. 437 et 558.

[2] Troplong, I, 258. Pont, n° 264. Flandin, *De la transcription*, II, 1097.

[3] Grenier, II, 377. Persil, sur l'art. 2108, n° 2. Troplong, I, 284. Pont, n° 265. Flandin, *op. cit.*, II, 1098 et 1099. Zachariæ, § 276, note 2. Paris, 3 juillet 1815, Sir., 16, 2, 1. Req. rej., 14 janvier 1818, Sir., 18, 1, 300. Req. rej., 29 avril 1845, Sir., 45, 1, 535. Montpellier, 9 juin 1853, Sir., 53, 2, 406. Paris, 30 novembre 1860, Sir., 61, 2, 29.

[4] Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. V, n° 12. Grenier, II, 386. Persil, sur

Lorsque le privilége du vendeur a été conservé par l'effet de la transcription, le conservateur est obligé, dans l'intérêt des tiers, et ce à peine de tous dommages-intérêts envers eux, de prendre une inscription d'office. Toutefois, l'omission ou l'irrégularité de l'inscription d'office ne porte aucune atteinte à l'efficacité du privilége, qui est dûment conservé par la transcription seule[5].

La loi ne fixe aucun délai spécial pour l'accomplissement de l'une ou de l'autre des formalités à l'aide desquelles se conserve le privilége du vendeur.

Mais sa conservation demeure, en général, soumise à l'observation des délais indiqués au n° 2 du § 272, pour le cas d'aliénation. De là, les applications suivantes :

Sous l'empire du Code Napoléon, le vendeur était admis à conserver son privilége tant que l'immeuble vendu restait dans les mains de l'acquéreur, et ne pouvait plus le faire utilement postérieurement à la revente de cet immeuble. Art. 2166.

Après la mise à exécution du Code de procédure, le privilége du vendeur put être efficacement conservé jusqu'à l'expiration de la quinzaine, à partir de la transcription de l'acte de revente. Code de procédure, art. 834.

Aujourd'hui, et depuis le 1er janvier 1856, c'est par la transcription même de l'acte de revente que le vendeur se trouve privé de la possibilité de conserver encore son privilége. Loi du 23 mars 1855, art. 6, al. 1.

l'art. 2108, n° 3. Troplong, I, 285 *bis*. Flandin, *op. cit.*, II, 1109. Zachariæ, § 276, note 3. Civ. cass., 6 juillet 1807, Sir., 7, 2, 1137. Req. rej., 7 mai 1811, Sir., 11, 1, 225. Rennes, 21 août 1811, Sir., 13, 2, 111. Voy. en sens contraire : Pont, n° 263. Cet auteur conteste la proposition émise au texte, surtout au point de vue de la loi du 23 mars 1855. Il se fonde sur ce que, le vendeur restant propriétaire à l'égard des tiers jusqu'à la transcription, l'inscription qu'il prendrait sur l'acquéreur avant l'accomplissement de cette formalité, serait absolument sans valeur. Il y a là, à notre avis, une singulière erreur. Il est vrai que, tant que la vente n'a point été transcrite, le vendeur est encore réputé propriétaire à l'égard des tiers, en ce sens que ces derniers peuvent jusque-là valablement acquérir de son chef des droits sur l'immeuble vendu. Mais, dans ses rapports avec l'acquéreur, le vendeur a cessé d'être propriétaire par l'effet même du contrat de vente ; et, comme ce contrat le constitue créancier privilégié du prix, rien ne s'oppose à ce qu'il prenne immédiatement inscription pour la conservation de son privilége. Cpr. § 209, texte et note 85. Voy. aussi : Loi du 23 mars 1855, art. 6, al. 2.

5 Troplong, I, 286. Pont, I, 270. Flandin, *op. cit.*, II, 1102.

Toutefois, et par une exception spéciale, destinée à garantir le vendeur contre les conséquences d'une revente immédiate, il lui est accordé un délai de quarante-cinq jours à partir de la vente, pendant lequel il peut, nonobstant toute transcription d'actes faits dans ce délai, conserver son privilége. Loi précitée, art. 6, al. 2. Ce délai de quarante-cinq jours, uniquement établi dans l'intérêt du vendeur, ne doit pas être retorqué contre lui, et ne constitue pas un terme fatal à l'expiration duquel son privilége, non antérieurement conservé, dégénérerait nécessairement en une simple hypothèque, conformément à l'art. 2113[6].

En cas de revente de portions indivises de l'immeuble grevé du privilége d'un vendeur originaire, celui-ci peut utilement conserver son privilége tant que dure l'indivision entre l'acquéreur primitif et les sous-acquéreurs partiels ; de sorte que le privilége ainsi conservé sera efficace à l'égard de celui des sous-acquéreurs qui, par l'effet d'une licitation ou d'un partage, serait ultérieurement devenu propriétaire exclusif de la totalité ou d'une partie de l'immeuble[7].

Enfin, on doit également appliquer au privilége du vendeur ce qui a été dit au n° 2 du § 272, en ce qui concerne, soit le cas d'ex-

[6] Rivière et François, *Explication de la loi du 23 mars 1855*, n° 102. Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, n° 365. Lesenne, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, n°s 114 et 115. Mourlon, *Examen critique*, n°s 371 et 378. Fons, *Précis sur la transcription*, n° 56. Troplong, *De la transcription*, n° 279. Voy. en sens contraire : Flandin, *De la transcription*, II, 1094 à 1096. L'opinion de cet auteur est évidemment contraire au texte du second alinéa de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, et à l'esprit de faveur dans lequel il a été conçu. Cet alinéa, en effet, n'a d'autre objet que de soustraire le vendeur, pendant le délai de quarante-cinq jours, à l'application de la déchéance prononcée par le premier alinéa du même article. C'est ce qui résulte du mot *néanmoins*, qui relie les deux alinéas de l'art. 6, et plus nettement encore des expressions, *nonobstant toute transcription d'actes faits dans ce délai*, qui terminent le second. C'est ce qui ressort également, de la manière la plus formelle, du rapport de M. de Belleyme et de la discussion au Corps législatif. Voy. Sirey, *Lois annotées*, 1855, p. 29, col. 1 et 2, n° 12 ; p. 33, col. 2, n° 11 ; p. 35, col. 3, n° 12.

[7] On avait voulu, en invoquant l'art. 883, soutenir que, dans l'hypothèse prévue au texte, le sous-acquéreur partiel qui était devenu, par suite de licitation, propriétaire exclusif de l'immeuble, devait être réputé l'avoir été dès le moment de son acquisition partielle, et qu'ainsi l'inscription prise par le vendeur originaire postérieurement à cette époque était frappée d'inefficacité. Mais ce système exagérait manifestement la portée de l'art. 883. Civ. rej., 20 mai 1866, Sir., 66, 1, 393.

propriation forcée par suite de saisie immobilière, soit celui d'expropriation pour cause d'utilité publique.

La faillite de l'aquéreur enlève au vendeur, comme aux simples créanciers hypothécaires, et ce à partir du jour auquel a été prononcé le jugement qui l'a déclarée, la faculté de rendre son privilége efficace à l'égard des créanciers de la masse[8]. Mais, nonobstant l'inefficacité de son privilége à raison de l'absence de

[8] Malgré la généralité des termes du premier alinéa de l'art. 2146, nous avions, dans notre première édition, enseigné avec les meilleurs auteurs (voy. Tarrible, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 4, n° 10; Persil, sur l'art. 2146, n° 6; Grenier, I, 225), mais contrairement à la jurisprudence (voy. Civ. rej., 6 juillet 1818, Sir., 19, 1, 27), que cette disposition n'était pas applicable au privilége du vendeur. Les considérations qui nous avaient surtout déterminés étaient les suivantes: Si le privilége du vendeur, qui prime, à quelque époque qu'il ait été rendu public, les hypothèques même antérieurement inscrites, n'était plus susceptible d'être utilement conservé en cas de faillite de l'acquéreur, il pourrait se faire que la déchéance encourue par le vendeur profitât, non à la masse, mais aux créanciers hypothécaires dont les inscriptions auraient été prises en délai utile. Or, ce résultat nous avait semblé difficile à admettre. Que la faillite doive avoir pour effet d'écarter, au profit de la masse, les droits de préférence non encore rendus publics au moment où elle éclate, on le comprend encore; mais on ne comprendrait pas qu'elle pût avoir pour conséquence d'améliorer la position des créanciers hypothécaires au détriment de celle du vendeur. Quelle que fût la valeur de ces considérations, nous n'avons pas cru devoir maintenir notre opinion en présence du texte de l'art. 448 du Code de commerce, modifié par la loi du 28 mai 1838; et, dès notre seconde édition, nous avons enseigné que le privilége du vendeur ne peut plus être utilement inscrit après le jugement déclaratif de faillite. Tel est encore notre sentiment, sous l'empire de la loi du 23 mars 1855. Voy. en ce sens: Troplong, *Des priviléges et hypothèques*, III, 650, et *De la transcription*, n° 282; Rivière, *Revue critique*, 1859, XV, p. 433; Mourlon, *Examen critique*, App., n° 379; Flandin, *De la transcription*, II, 1177 à 1180; Demangeat sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 289 à 291, à la note; Zachariæ, § 271, note 12; Nancy, 9 août 1859, Sir., 59, 2, 594; Civ. rej., 2 décembre 1863, Sir., 64, 1, 57; Alger, 19 mai 1865, Sir., 65, 2, 187. L'opinion contraire est cependant défendue par M. Pont (n° 903, et *Revue critique*, 1860, XVI, p. 289), qui soutient que la faillite de l'acquéreur doit rester sans influence sur le privilége du vendeur. Les motifs sur lesquels il se fonde ont déjà été indiqués et réfutés à la note 4 *supra*. Tout ce que l'on pourrait concéder, c'est que, dans le cas où la faillite éclate immédiatement après la vente, le vendeur jouit, comme au cas de revente suivie de transcription, d'un délai de quarante-cinq jours pour la conservation de son privilége; et nous serions disposés à admettre ce tempérament, qui rentre dans l'esprit de la disposition du second alinéa de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855.

transcription ou d'inscription antérieure au jugement déclaratif de faillite[9], le vendeur n'en conserve pas moins son action résolutoire[10]. Il en serait ainsi dans le cas même où, avant toute publicité donnée au privilége de ce dernier, le syndic aurait pris inscription sur les immeubles du failli, en vertu de l'art. 490 du Code de commerce[11].

[9] Req. rej., 16 juillet 1818, Sir., 19, 1, 27. Voy. sur les conséquences de cette inefficacité simplement relative : § 272, texte n° 3 et notes 18 à 28.

[10] La disposition de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, d'après lequel l'action résolutoire ne peut plus être exercée après *l'extinction* du privilége du vendeur, n'est point ici applicable, par la raison que l'inefficacité relative, dont se trouve frappée l'inscription prise postérieurement au jugement déclaratif de faillite, paralyse bien dans une certaine mesure l'exercice du privilége, mais n'entraîne pas son extinction dans le sens de la disposition précitée, c'est-à-dire sa perte absolue et définitive. Nous hésitons d'autant moins à considérer ce motif comme décisif, qu'il résulte de l'ensemble des discussions sur la loi du 23 mars 1855, que ce n'est point en vue du cas de faillite qu'a été fait l'art. 7, mais bien dans l'intérêt des sous-acquéreurs et de leurs créanciers hypothécaires. D'ailleurs, le vendeur qui exerce l'action résolutoire, se présente bien moins comme créancier, que comme propriétaire n'ayant aliéné que sous la condition de rentrer dans la propriété de l'immeuble vendu faute de paiement du prix ; et, à ce point de vue, cette action, qui découle du Droit commun, est plus favorable que le privilége. A ces considérations vient s'ajouter une raison non moins péremptoire, pour le cas du moins où le privilége du vendeur a été rendu public avant toute inscription prise par le syndic sur les immeubles du failli. En effet, aux termes de l'art. 7, le vendeur ne se trouve déchu de son action résolutoire que vis-à-vis des tiers qui ont acquis, du chef de l'acquéreur, des droits sur l'immeuble, et qui les ont dûment conservés, ce qui ne saurait s'appliquer aux créanciers de la masse, tant qu'il n'a pas été pris inscription à leur profit. Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, n° 374. Rivière, *Revue critique*, 1859, XV, p. 433. Pont, *Revue critique*, 1860, XVI, p. 385. Dumolard, *Revue pratique*, 1861, XI, p. 401. Mourlon, *De la transcription*, II, 817 et suiv. Demangeat sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 291 et 292, à la note. Verdier, *De la transcription*, II, 590 et suiv. Bordeaux, 15 juillet 1857, Sir., 57, 2, 641. Civ. rej., 1er mai 1860, Sir., 60, 1, 602. Grenoble, 24 mai 1860, Sir., 60, 2, 526. Dijon, 13 juin 1864, Sir., 64, 2, 244. Voy. en sens contraire : Troplong, *De la transcription*, nos 295 et 296 ; Sellier, *De la transcription*, n° 239 ; Flandin, *De la transcription*, II, 1188 à 1199.

[11] Ce n'est pas que nous pensions, comme l'enseignent certains auteurs, que l'inscription prise en vertu de l'art. 490 du Code de commerce n'a d'autre objet que de donner une plus grande publicité à l'état de faillite ; nous croyons au contraire que cette inscription est destinée à rendre efficace une véritable hypothèque légale, conférant aux créanciers de la masse un droit réel sur les im-

De même que la faillite, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, ou la déclaration de vacance de la succession de l'acquéreur, enlève au vendeur la faculté de rendre son privilége efficace à l'égard des créanciers héréditaires[12], mais laisse subsister son action résolutoire[13].

La transcription de l'acte de vente ou l'inscription prise par le vendeur, avant l'expiration des délais respectifs qui viennent d'être indiqués, assure au privilége toute son efficacité comme tel, c'est-à-dire à la date de la vente, et non pas seulement à celle de l'accomplissement de l'une ou l'autre de ces formalités[14]. Le vendeur,

meubles du failli. Voy. § 264, texte et notes 11 à 16. Mais si, d'après cela, nous ne pouvons plus invoquer, à l'appui de la proposition énoncée au texte, le dernier argument présenté à la note précédente, il reste toujours celui que nous y avons proposé en premier lieu. En effet, la circonstance que, par l'inscription prise dans leur intérêt, les créanciers de la faillite ont acquis un droit réel sur les immeubles du failli, ne saurait exercer aucune influence sur le sort de l'action résolutoire, dont l'exercice est complétement indépendant de l'existence d'hypothèques du chef de l'acquéreur. Cpr. Demangeat sur Bravard, *op. et loc. citt.* Voy. en sens contraire : Rivière et Huguet, *op. cit.*, n° 375; Rivière, *Revue critique*, *loc. cit.* Voy. aussi : Riom, 1er juin 1859, Sir., 59, 2, 597.

12 Troplong, III, 659 *bis*. Demangeat, *op. cit.*, p. 294, à la note. Zachariæ, § 271, note 12. Toulouse, 2 mars 1826, Sir., 26, 2, 216. Nîmes, 23 juin 1829, Sir., 30, 2, 45. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 125 ; Besançon, 14 décembre 1861, Sir., 62, 2, 129.

13 Art. 2146, al. 2. Aux explications données dans les notes 10 et 11 *supra*, nous ajouterons seulement que les créanciers d'une succession bénéficiaire ou vacante ne jouissant, en cette qualité, d'aucune hypothèque légale sur les immeubles dépendants de cette succession, et que la séparation des patrimoines, attachée à l'acceptation bénéficiaire, ne conférant à ces créanciers aucun droit de préférence les uns à l'égard des autres, ils ne peuvent jamais être considérés comme des tiers dans le sens de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855. Pont, *Revue critique*, 1860, XVI, p. 385. Dumolard, *op. et loc. citt.* Demangeat sur Bravard, *op. et loc. citt.* Montpellier, 6 avril 1859, Sir., 59, 2, 593. Civ. rej., 27 mars 1861, Sir., 61, 1, 758. Voy. en sens contraire : Flandin, *De la transcription*, II, 1200 à 1206.

14 *Non obstat* art. 2106. De cela seul que la loi n'a point fixé de délai spécial pour la conservation du privilége du vendeur, on doit conclure que la disposition de cet article, portant que les priviléges produisent leur effet à compter de la date de l'inscription, est inapplicable à ce privilége, qui rentre virtuellement dans les cas d'exception indiqués par la disposition finale du même article. La solution contraire ne cadrerait d'ailleurs pas avec la disposition de l'art. 2113,

dont le privilége a été conservé, prime donc toujours les créanciers de l'acquéreur, même ceux inscrits antérieurement à cette dernière date[15].

Lorsque, au cas d'aliénation volontaire ou forcée, le vendeur se trouve, par suite de l'expiration des délais ci-dessus indiqués, déchu de la faculté de conserver encore son privilége, la déchéance qu'il encourt est absolue, et le prive non-seulement du droit de suite à l'égard du nouveau propriétaire, mais encore du droit de préférence à l'égard des créanciers de son acquéreur[16].

2° Le bailleur de fonds empruntés pour l'acquisition d'un immeuble, conserve le privilége que l'art. 2103, n° 2, lui accorde en cette qualité, soit par une inscription prise en vertu tant de l'acte authentique d'emprunt, indiquant la destination des deniers, que de la quittance authentique du vendeur, constatant leur emploi à cette destination[17], soit par la transcription de l'acte de vente, pourvu que cet acte établisse que le vendeur a été payé au moyen

puisque, dans ce système, le privilége du vendeur ne serait plus seulement susceptible de *dégénérer* en hypothèque, mais n'aurait dès son origine que la vertu d'une simple hypothèque.

15 Merlin, *Rép.*, v° Privilége, sect. V, n° 1. Grenier, II, 376. Duranton, XIX, 209. Troplong, I, 266 *bis*, 279 et 281. Rouen, 7 décembre 1809, Sir., 10, 2, 83. Rennes, 21 août 1811, Sir., 13, 2, 111. Nîmes, 12 décembre 1811, Sir., 13, 2, 376. Req. rej., 26 janvier 1813, Sir., 13, 1, 333. Toulouse, 19 février 1823, Sir., 23, 2, 167. Civ. cass., 6 mai 1868, Sir., 68, 1, 255.

16 La proposition énoncée au texte ne peut plus aujourd'hui souffrir de difficulté, en présence du premier alinéa de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855. Elle avait été contestée sous l'empire de l'art. 834 du Code de procédure, à raison de la disposition du second alinéa de cet article, qui réservait au vendeur le droit résultant de l'art. 2108. Mais il est évident que cette réserve avait seulement pour objet de maintenir la faculté, que l'article précité accordait au vendeur, de conserver son privilége au moyen de la transcription de l'acte de vente, et non de faire survivre le droit de préférence à l'extinction du droit de suite. *Discours* de Tarrible, orateur du Tribunat (Locré, *Lég.*, XXIII, p. 174). Troplong, I, 282 et 283. Dalloz, *Rép.*, v° Priviléges et Hypothèques, n° 674. Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, n° 346. Mourlon, *Examen critique*, App., n° 372. Flandin, *op. cit.*, II, 1111. Paris, 16 mars 1816, Sir., 17, 2, 41. Paris, 24 mars 1817, Sir., 18, 2, 19. Civ. cass., 12 juillet 1824, Dalloz, *op. et loc. citt.* Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, p. 145, et III, p. 381 ; Persil, sur l'art. 2108, n° 24, et sur l'art. 2109, n° 10.

17 Persil, sur l'art. 2108, n°s 3 à 5. Grenier, II, 395. Cpr. Civ. cass., 16 mars 1813, Sir., 13, 1, 222.

des deniers empruntés à cet effet par l'acquéreur, et qu'il ait été passé, ainsi que l'acte d'emprunt, en forme authentique[18]. Art. 2108.

Si le privilége propre du bailleur de fonds n'avait pas été conservé conformément aux règles qui viennent d'être exposées, ce dernier n'en serait pas moins autorisé à se prévaloir du privilége du vendeur, à supposer, bien entendu, que ce privilége eût été dûment conservé, et que les conditions requises pour la subrogation eussent été remplies.

Tout ce qui a été dit précédemment, à l'occasion du privilége du vendeur, sur les délais dans lesquels l'inscription ou la transcription peuvent être requises, et sur l'inscription d'office à prendre par le conservateur, doit également recevoir ici son application.

3° Le cohéritier ou copartageant conserve son privilége au moyen d'une inscription prise dans les soixante jours, à dater du partage ou de la licitation. Art. 2109.

Il ne pourrait, par la transcription de l'acte de partage ou de licitation, suppléer à l'inscription requise pour la conservation de son privilége[19].

En cas de licitation, le délai de soixante jours, pour la conservation du privilége sur les immeubles licités, court à partir du jugement d'adjudication, et non pas seulement à dater du partage définitif de la succession[20], peu importe d'ailleurs que la licitation n'ait eu pour objet que quelques-uns des immeubles héréditaires, et que des mineurs s'y trouvent intéressés[21].

18 Les expressions de l'art. 2108, *qui sera subrogé aux droits du vendeur par le même contrat*, ne veulent pas dire que l'acte de vente doive contenir une déclaration expresse de subrogation. Elles signifient seulement que cet acte doit constater les faits au concours desquels la loi subordonne la subrogation, qui s'opère sans déclaration expresse. Cpr. art. 1250, n° 2. Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. IV, § 2. Mourlon, *Des subrogations*, p. 200. Dalloz, *Rép.*, v° Priviléges et Hypothèques, n° 487. Pont, n° 227. Zachariæ, § 276, texte et note 6. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 392, *in fine*.

19 Zachariæ, § 276, note 7. Cpr. Paris, 19 juin 1817, Sir., 18, 2, 109; Bourges, 26 janvier 1844, Sir., 45, 2, 426; Montpellier, 21 décembre 1844, Sir., 45, 2, 587. Voy. cep. Flandin, *De la transcription*, II, 1120 à 1123.

20 Troplong, I, 318 *bis*. Flandin, *op. cit.*, II, 1127 à 1129. Audier, *Revue pratique*, 1863, XVI, p. 332 et 333. Zachariæ, § 276, texte et note 9. Bordeaux, 15 juin 1831, Sir., 31, 2, 275. Lyon, 21 février 1832, Sir., 32, 2, 566. Paris, 7 février 1833, Sir., 33, 2, 418.

21 Req. rej., 15 juin 1842, Sir., 42, 1, 631. Agen, 6 février 1852, Sir., 52, 2, 233. Cpr. Req. rej., 17 novembre 1851, Sir., 52, 1, 49.

Au cas de partage en nature de tout ou partie des immeubles indivis, le délai de soixante jours, pour la conservation du privilége sur les immeubles partagés, court à partir de cette opération elle-même, bien que la liquidation définitive de la succession n'ait été effectuée que plus tard[22].

Les mêmes règles s'appliquent au partage fait en justice, encore que, des mineurs ou des interdits y étant intéressés, la liquidation définitive de la succession se trouve soumise à la nécessité d'une homologation judiciaire[23].

Lorsque le partage, définitif à l'égard de quelques-uns des héritiers, et provisionnel à l'égard des autres, a été ratifié comme définitif par ces derniers, le délai de soixante jours court, non à partir de la ratification, mais à dater du partage même[24].

Enfin, en cas de partage fait par un ascendant conformément aux art. 1075 et suiv., le délai de soixante jours court à dater du partage, quand il a été opéré par donation entre vifs[25], et s'il a eu lieu par testament, à partir du jour où le cohéritier, créancier privilégié, a obtenu, après le décès du testateur, connaissance de cet acte[26].

[22] Flandin, *op. cit.*, II, 1130. Lyon, 29 décembre 1835, Sir., 36, 2, 451. Civ. rej., 23 juillet 1839, Sir., 39, 1, 560. Cpr. Req. rej., 3 août 1837, Sir., 37, 1, 878. Voy. aussi : Req. rej., 11 août 1830, Sir., 31, 1, 63. C'est à tort que cet arrêt a été invoqué en sens contraire : dans l'espèce sur laquelle il a statué, la question résolue au texte ne s'est pas présentée.

[23] Flandin, *op. cit.*, II, 1132 à 1135. Verdier, *De la transcription*, n° 524. Paris, 3 décembre 1836, Sir., 37, 2, 273. Req. rej., 15 juin 1842, Sir., 42, 1, 631. Montpellier, 4 janvier 1845, Sir., 45, 2, 371. Civ. cass., 19 juin 1849, Sir., 49, 1, 626. Ce dernier arrêt le décide ainsi pour le cas même où, par une clause formelle, insérée au procès-verbal de tirage des lots, les parties auraient rejeté le point de départ du délai à la liquidation définitive de la succession. Voy. en sens contraire : Troplong, I, 314 *ter*, à la note ; Pont, n° 294 ; Req. rej., 17 février 1820, Sir., 37, 2, 277, à la note 2.

[24] Cpr. § 623, texte n° 2. Civ. rej., 10 novembre 1862, Sir., 63, 1, 129.

[25] Troplong, I, 315. Pont, n° 294. Flandin, *De la transcription*, II, 1136. Zachariæ, § 276, note 9. Montpellier, 19 février 1852, Sir., 55, 2, 669.

[26] Suivant l'opinion généralement admise, le délai courrait invariablement à partir du décès du testateur, quand même l'héritier n'aurait obtenu que plus tard connaissance du testament. Voy. dans ce sens : Favard, *Rép.*, v° Privilége, sect. IV, n° 8 ; Troplong, I, 315 ; Pont, n° 294 ; Flandin, *op. cit.*, II, 1137 ; Zachariæ, *loc. cit.* Nous ne pouvons admettre cette opinion qui conduirait à la négation du privilége.

Le cohéritier ou copartageant jouit du délai de soixante jours pour l'inscription de son privilége, bien que, dans cet intervalle de temps, l'ancien communiste, auquel sont échus les immeubles grevés de ce privilége, soit tombé en faillite, ou qu'étant décédé, sa succession n'ait été acceptée que sous bénéfice d'inventaire, ou ait été déclarée vacante[27].

La faculté accordée au copartageant d'inscrire son privilége dans les soixante jours du partage ou de la licitation, lui reste même entière, en ce qui concerne la conservation du droit de préférence vis-à-vis des autres créanciers de son débiteur, malgré l'aliénation volontaire ou forcée des immeubles grevés de ce privilége, de telle sorte qu'il peut, jusqu'à l'expiration de ce délai, prendre utilement inscription à cet effet, alors même qu'il serait déchu de la faculté de le faire pour la conservation du droit de suite[28].

[27] *Non obstant* art. 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce. La loi, en accordant au copartageant un délai de soixante jours pour l'inscription de son privilége, lui donne par cela même l'assurance que ce privilége sera efficace, pourvu qu'il soit rendu public avant l'expiration de ce délai, et l'on ne comprendrait pas que sa condition pût être détériorée par la faillite ou le décès du débiteur. Nous hésitons d'autant moins à adopter cette opinion, que le partage, qui donne naissance au privilége, est un acte nécessaire, et que cette circonstance, jointe à la brièveté du délai accordé pour l'inscription, suffit pour écarter tout soupçon de fraude, et même toute idée de négligence de la part du créancier. Pont, nos 899 et 927. Voy. en sens contraire : Demangeat sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, p. 289, à la note.

[28] Cette solution était généralement admise sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 23 mars 1855. Elle ressortait nettement de l'ensemble des art. 834 et 835 du Code de proc., qui n'avaient trait qu'au droit de suite, et surtout de la disposition finale du premier de ces articles, dont l'objet était de réserver au copartageant, la faculté de conserver son droit de préférence dans le délai de soixante jours, à ce fixé par l'art. 2109 du Code Napoléon. *Discours de Tarrible au Corps législatif* (Locré, *Lég.*, XXIII, p. 174 et 175). Tarrible, *Rép.*, vo Transcription, § 3, no 6. Persil, sur l'art. 2109, nos 9 et 10. Grenier, II, 400. Troplong, I, 317. Zachariæ, § 271, note 6 ; § 276, texte et note 10 *bis*. La question est plus délicate sous la législation actuelle, en ce que l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855 ne contient pas une réserve analogue à celle qui se trouvait énoncée dans l'art. 834 du Code de procédure. Nous croyons néanmoins que la même solution doit encore être admise. En effet, l'objet principal de la loi précitée, et celui de l'art. 6 en particulier, ayant été de consolider la propriété immobilière et le crédit foncier au profit des acquéreurs ou de leurs créanciers, l'on ne saurait supposer que le législateur ait voulu, dans l'intérêt des créanciers hy-

Quant à la question de savoir jusqu'à quelle époque le copartageant est admis à conserver son droit de suite, elle se résout par application des règles exposées au n° 2 du § 272, touchant les délais dans lesquels l'inscription peut être utilement prise en cas d'aliénation volontaire ou forcée.

On est ainsi conduit à reconnaître que, sous l'empire du Code de procédure, le copartageant devait, en cas d'aliénation volontaire des immeubles soumis à son privilége, prendre inscription, pour la conservation de son droit de suite, dans la quinzaine de la transcription de l'acte d'aliénation, et que, depuis le 1er janvier 1856, époque de la mise en exécution de la loi du 23 mars 1855, l'inscription ne peut plus, en principe, être prise, d'une manière efficace quant au droit de suite, après la transcription de cet acte. Loi précitée, art. 6, al. 1. Toutefois, et par une exception semblable à celle qui a été établie en faveur du vendeur, le copartageant jouit d'un délai de quarante-cinq jours, à dater de la licitation ou du partage, pendant lequel il peut utilement conserver son droit de suite, nonobstant toute transcription d'actes d'aliénation volontaire, faits pendant ce délai. Loi précitée, art. 6, al. 2. Ce délai de 45 jours court, comme celui de 60 jours dont il a été précédemment question, à partir de l'acte qui a fait cesser l'indivision des immeubles affectés au privilége, et non pas à dater seulement de la liquidation définitive de la succession[29].

On est de même amené à décider, qu'en cas d'expropriation forcée par suite de saisie immobilière, le copartageant ne pouvait

pothécaires ou simplement chirographaires du vendeur, déroger à la disposition de l'art. 2109, et priver le copartageant du bénéfice du délai que lui assure cet article, alors que le but qu'il se proposait d'atteindre ne réclamait nullement cette dérogation. Nous ajouterons que la loi du 23 mars 1855 n'a pas abrogé la disposition finale de l'art. 2109 du Code Napoléon, aux termes de laquelle aucune hypothèque ne peut, durant le délai de soixante jours, avoir lieu sur le bien chargé de soulte ou adjugé sur licitation, au préjudice du créancier de la soulte ou du prix. Il est du reste à remarquer qu'au point de vue pratique, la question ne peut s'élever que pour les inscriptions prises dans l'intervalle du quarante-cinquième au soixantième jour, à partir de la licitation ou du partage. Pont, n° 318. Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 696. Voy. en sens contraire : Bressolles, *Exposé sur la transcription*, n° 84 ; Fons, *Précis sur la transcription*, n° 64 ; Lemarcis, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, p. 33 ; Flandin, *op. cit.*, II, 1142 et 1143.

[29] Lyon, 23 décembre 1866, Sir., 66, 2, 287. Cpr. texte et notes 20 à 24 *supra*.

plus, sous l'empire du Code Napoléon et du Code de procédure, prendre inscription après le jugement d'adjudication, tandis qu'aujourd'hui il est admis à le faire jusqu'à la transcription de ce jugement, et que, dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, il peut aujourd'hui, comme sous la législation antérieure, inscrire son privilége jusqu'à l'expiration du délai de quinzaine, depuis la transcription du jugement d'expropriation.

L'inscription prise dans les soixante jours du partage ou de la licitation remonte, quant au droit de préférence, à la date même de ces actes, et assure ainsi au copartageant la priorité sur les créanciers hypothécaires de son débiteur, même antérieurement inscrits. Art. 2109 cbn. 2095. Que si, malgré l'inscription prise dans les soixante jours de la licitation ou du partage, le copartageant se trouvait déchu du droit de suite, il ne pourrait exercer son droit de préférence d'une manière efficace, qu'autant que le prix d'aliénation serait encore dû à son débiteur [30].

Lorsque le privilége du copartageant n'a pas été conservé au moyen d'une inscription prise dans les soixante jours de la licitation ou du partage, il dégénère en une hypothèque simple, dont l'efficacité se détermine d'après les règles générales sur les hypothèques. De sorte, par exemple, qu'au cas de licitation d'un immeuble héréditaire, le cohéritier qui le premier a fait inscrire cette hypothèque pour la part à lui avenante dans le prix de licitation, prime ceux de ses cohéritiers qui ne sont inscrits qu'après lui [31]. Art. 2113. La disposition de cet article reçoit son application sans aucune distinction entre les droits ou créances que le privilége du copartageant a pour objet d'assurer; elle s'applique au cas où ce privilége est invoqué à raison de la garantie d'éviction, tout aussi bien qu'à celui où on le fait valoir pour obtenir le paiement d'une soulte ou d'un prix de licitation [32].

30 Voy. pour le développement de cette proposition : § 283.

31 Req. rej., 24 décembre 1866, Sir., 67, 1, 122.

32 Il ne faut pas conclure du silence gardé par l'art. 2109, en ce qui concerne la créance éventuelle pour garantie d'éviction, que le copartageant puisse, même après l'expiration des soixante jours, inscrire utilement le privilége destiné à garantir cette créance. L'art. 2109 n'est, en effet, que le complément de l'art. 2103, n° 3, et l'on ne comprendrait pas que le législateur eût traité la garantie d'éviction avec plus de faveur que les autres créances résultant du partage. Persil, sur l'art. 2109, n° 4. Grenier, II, 403. Taulier, VII, p. 209. Troplong,

4° Les architectes, entrepreneurs et ouvriers conservent leur privilége, sur la mieux-value résultant des travaux qu'ils ont effectués, par la double inscription du procès-verbal constatant l'état des lieux avant le commencement des travaux, et du procès-verbal de réception de ces mêmes travaux. Cette inscription, d'une nature particulière, et que le propriétaire lui-même est autorisé à requérir, consiste dans la copie littérale des procès-verbaux dont il vient d'être parlé[33]. Art. 2110.

Pour garantir pleinement le privilége dont s'agit, l'inscription du premier procès-verbal doit avoir lieu avant le commencement des travaux.

Si l'inscription n'avait été faite que depuis le commencement des travaux, elle assurerait bien aux architectes, entrepreneurs ou ouvriers, la préférence sur les créanciers inscrits antérieurement à cette époque[34]; mais elle n'aurait d'effet qu'à partir de sa date au regard des créanciers inscrits depuis le commencement des travaux[35].

I, 291. Pont, n° 290. Civ. cass., 12 juillet 1853, Sir., 53, 1, 742. Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, p. 153; Liége, 9 mars 1818, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 563.

33 Cpr. § 263, texte n° 4, lett. *a* et *b*.

34 Le privilége, en effet, ne s'exerçant que pour la plus-value résultant des travaux, les créanciers inscrits antérieurement à l'époque où ils ont été commencés, ne sauraient se plaindre de n'avoir pas été plus tôt instruits de l'existence d'un privilége qui ne vient pas diminuer le gage sur lequel ils pouvaient et devaient compter. Voy. en ce sens : Loi du 16 septembre 1807, art. 23, al. 2. Delvincourt, III, p. 288. Persil, sur l'art. 2110, n° 3. Troplong, I, 322. Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 700. Duranton, XIX, 194. Zachariæ, § 276, texte et note 12. Voy. en sens contraire : Valette, *Revue étrangère et française*, 1840, VII, p. 709; Pont, n° 281.

35 Delvincourt, Persil, Dalloz, Pont, Duranton et Zachariæ, *locc. citt.* Voy. en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. V, n° 8; Grenier, II, 410; Favard, *Rép.*, v° Privilége, sect. IV, n° 9; Battur, I, 127. Suivant ces auteurs, les architectes, entrepreneurs et ouvriers l'emporteraient sur les créanciers inscrits avant eux, quoique après le commencement des travaux, par la raison que, s'il en était autrement, leur privilége n'aurait pas plus d'efficacité qu'une simple hypothèque. Mais cette opinion, qui applique au privilége dont il s'agit, la rétroactivité attachée à celui du vendeur et du copartageant, ne saurait se concilier avec la disposition finale de l'art. 2110. Elle est d'autant moins acceptable, que les raisons qui ont permis au législateur d'admettre, en faveur du vendeur et du copartageant, que leur privilége remonte à la date même de sa naissance, ne se présentaient plus pour celui des archi-

En cas d'aliénation volontaire ou forcée, l'inscription du premier procès-verbal doit être faite dans les délais indiqués au n° 2 du § 272; et ce, à peine de déchéance absolue du privilége, c'est-à-dire d'extinction, non-seulement du droit de suite, mais même du droit de préférence [36].

D'un autre côté, l'inscription du premier procès-verbal est inefficace pour conserver le droit de préférence au regard des créanciers de la faillite du débiteur, et de ceux de sa succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ou déclarée vacante, lorsqu'elle n'a pas été requise avant le jugement déclaratif de la faillite, ou l'ouverture de la succession [37].

Quant au second procès-verbal, il doit, au cas même où l'immeuble n'est pas sorti des mains du débiteur, être inscrit dans les six mois de l'achèvement des travaux, faute de quoi le privilége dégénère en simple hypothèque [38].

S'il y avait eu aliénation ou expropriation de l'immeuble dans le cours des travaux ou dans les six mois qui ont suivi leur achèvement, l'inscription du second procès-verbal pourrait toujours,

tectes, puisque ce dernier privilége ne dérive pas, comme ceux du vendeur et du copartageant, d'un titre dont les tiers puissent et doivent exiger l'exhibition. D'ailleurs, il n'est pas exact de dire d'une manière absolue que, dans notre système, le privilége des architectes dégénère en une simple hypothèque. Voy. la note précédente.

36 Cpr. texte et note 16 *supra*.

37 Art. 2146, et Code de commerce, art. 448. Rouen, 12 juin 1841, Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 468, à la note. Limoges, 1er mars 1847, Sir., 47, 2. 637.

38 A la vérité l'art. 2110 n'indique pas, d'une manière explicite, le délai dans lequel doit être inscrit le second procès-verbal, et on en a conclu qu'il pouvait l'être utilement à toute époque, tant que l'immeuble se trouvait entre les mains du débiteur. Voy. Zachariæ, § 276, texte et note 11; Pont, n° 279; Lyon, 13 mars 1830, Sir., 31, 2, 309. Mais on ne saurait admettre que le législateur, tout en exigeant, pour la conservation du privilége, l'inscription du second procès-verbal, ait entendu laisser au créancier la faculté de la requérir quand bon lui semblerait; et si, dans l'art. 2110, il n'a indiqué aucun délai spécial à cet effet, c'est par ce motif sans doute que, dans sa pensée, le délai ne devait pas dépasser celui que l'art. 2103 fixe pour la rédaction même du second procès-verbal. L'opinion contraire enlèverait toute utilité pratique à l'inscription de ce procès-verbal, qui, destiné à faire connaître aux tiers le montant de la mieux-value et l'importance de la créance, forme le complément indispensable du premier procès-verbal, dont l'inscription ne constitue qu'une simple annonce d'un privilége éventuel. Voy. dans ce sens : Flandin, *De la transcription*, II, 1039 et 1041.

nonobstant toute transcription antérieure, avoir lieu, d'une manière complétement efficace, dans les six mois à partir, soit de l'époque où le nouveau propriétaire a fait cesser les travaux, soit de leur achèvement, lorsqu'il les a fait continuer[39].

Que si l'aliénation ou l'expropriation n'avait eu lieu qu'après l'expiration des six mois à partir de l'achèvement des travaux, le défaut d'inscription du second procès-verbal, dans les détails indiqués au n° 2 du § 272, entraînerait l'extinction absolue du privilége[40].

Du reste, la déclaration de faillite du débiteur, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou la vacance de sa succession, n'empêcherait pas que le second procès-verbal ne pût, même après ces événements, être inscrit d'une manière efficace au regard des créanciers de la faillite ou de la succession, pourvu que l'inscription fût requise dans les six mois de la cessation ou de l'achèvement des travaux[41].

39 Cpr. en sens divers : Mourlon, nos 385 et 386 ; Troplong, *De la transcription*, nos 284 et 285 ; Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, nos 319 et 320 ; Flandin, *op. cit.*, II, 1035 à 1041 ; Zachariæ, § 276, texte et note 11.

40 Cpr. cep. Rivière et Huguet, *op. cit.*, n° 321 ; Mourlon, n° 387 ; Sellier, *Commentaire sur la transcription*, n° 233 ; Flandin, *op. cit.*, II, 1042 à 1044. Ces auteurs, s'occupant de l'hypothèse particulière où l'aliénation a eu lieu après la réception des travaux, enseignent que, dans cette hypothèse, les architectes, entrepreneurs et ouvriers ne jouissent plus, pour l'inscription du procès-verbal de réception, du restant du délai de six mois à partir de l'achèvement des travaux, de telle sorte que le privilége se trouverait frappé de déchéance, si ce procès-verbal n'avait été inscrit qu'après la transcription de l'acte d'aliénation ; et ce, dans le cas même où il ne se serait écoulé qu'un délai de vingt-quatre heures entre cette transcription et la réception des travaux. Mais cette opinion, dont on reconnaît l'extrême rigueur, ne nous paraît pas admissible. Elle fait aux ouvriers, entrepreneurs et architectes une position pire, par cela même qu'ils ont mis plus de diligence à faire recevoir les travaux ; d'un autre côté, elle attache à l'époque de leur réception, une déchéance que ne motive pas l'intérêt légitime du tiers-acquéreur, et que la loi ne fait résulter que du défaut d'accomplissement, dans le délai de six mois à partir de l'achèvement des travaux, des formalités complémentaires exigées pour la conservation du privilége.

41 Les raisons développées à la note 27 *supra*, en ce qui concerne le privilége du copartageant, s'appliquent avec la même force au privilége dont il est actuellement question, d'autant mieux que l'inscription du premier procès-verbal écarte toute idée de fraude ou de négligence.

5° Les règles exposées au numéro précédent s'appliquent également à la conservation du privilége de ceux qui ont fourni les deniers pour payer les architectes, entrepreneurs et ouvriers. Art. 2110. Il n'est pas nécessaire, pour assurer ce privilége, de faire inscrire l'acte authentique constatant la destination et l'emploi des sommes prêtées [42].

6° Le Trésor public conserve son privilége, sur les immeubles des condamnés, par une inscription prise dans les deux mois, à dater du jugement de condamnation. Loi du 5 septembre 1807, art. 3. Il conserve également son privilége, sur les immeubles que les comptables ont acquis à titre onéreux depuis leur nomination, par une inscription prise dans les deux mois de l'enregistrement de l'acte d'acquisition. Loi précitée, art. 5.

Les règles exposées au n° 3 du présent paragraphe, à l'occasion du privilége du copartageant, s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux deux priviléges dont il est ici question, sauf cependant la disposition spéciale du second alinéa de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, qui n'est pas susceptible d'y être étendue.

Ainsi, en cas d'aliénation, volontaire ou forcée, des immeubles grevés de ces priviléges, le droit de suite s'éteint à défaut d'inscription dans les délais indiqués au n° 2 du § 272 ; mais cette extinction n'entraîne point celle du droit de préférence, qui continue de subsister, pourvu que l'inscription ait été prise dans les deux mois donnés à cet effet [43].

Ainsi encore, à défaut d'inscription dans les deux mois, ces priviléges dégénèrent en simples hypothèques légales, dont l'efficacité se détermine d'après la règle établie par l'art. 2113 [44].

Enfin, ces priviléges peuvent être utilement inscrits dans le

[42] Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. V, n° 8. Grenier, II, 410. Troplong, I, 319. Pont, n° 287. Zachariæ, § 276, texte et note 13.

[43] Les raisons indiquées à la note 28 *supra* sont complétement applicables aux priviléges du Trésor, pour la conservation desquels la loi accorde un délai fixe, comme pour celle du privilége de copartageant. Pont, n°s 303 et 304. Cpr. Grenoble, II, 415; Flandin, *De la transcription*, II, 1068.

[44] C'est ce qui ressort nettement de l'art. 2113 du Code Napoléon, combiné avec l'art. 3 de la loi du 5 septembre 1807, *relative au mode de recouvrement des frais de justice, en matière criminelle, correctionnelle et de police*, et avec l'art. 5 de la loi du 5 septembre 1807, *relative aux droits du Trésor public sur les biens des comptables*.

délai qui vient d'être indiqué, même après un jugement déclaratif de faillite[45].

7° L'État ou les concessionnaires de travaux de desséchement conservent leur privilége, sur la mieux-value résultant de ces travaux, par la transcription du décret qui a ordonné le desséchement, ou de l'acte de concession. Loi du 16 septembre 1807, art. 23.

Du reste, la conservation de ce privilége est régie par des règles analogues à celles qui ont été développées au n° 4 ci-dessus. Ainsi, les personnes auxquelles la loi l'accorde, priment toujours les créanciers inscrits antérieurement au desséchement[46]. Mais elles ne l'emportent sur les créanciers inscrits postérieurement à cette époque, qu'autant que la transcription, destinée à conserver leur privilége, a été opérée avant les inscriptions de ces créanciers.

8° Le privilége accordé, par la loi du 17 juillet 1856, sur les terrains drainés, jusqu'à concurrence de la mieux-value résultant du drainage, se conserve par une inscription prise : pour le Trésor public et pour les prêteurs, dans les deux mois de l'acte de prêt ; pour les syndicats, dans les deux mois de l'arrêté qui les constitue ; pour les entrepreneurs, dans les deux mois du procès-verbal constatant, avant le commencement des travaux, l'état, le périmètre, et la valeur des terrains à drainer.

L'inscription doit, dans tous les cas, contenir un extrait sommaire de ce procès-verbal. De plus, lorsque les travaux ont été exécutés par des entrepreneurs, il doit être fait, en marge de l'inscription, mention du procès-verbal de la vérification des travaux ; et ce, dans les deux mois de la date de ce procès-verbal. Loi précitée, art. 7.

On doit appliquer à la conservation de ce privilége, en les combinant entre elles, les règles développées aux n°s 3 et 4 du présent paragraphe.

Nous ne nous occuperons pas ici du droit de préférence attaché à la séparation des patrimoines, qui ne constitue pas un privilége dans le véritable sens du mot. Les règles concernant la conservation de ce droit de préférence seront exposées dans la matière des successions[47].

45 Besançon, 30 août 1856, Sir., 56, 2, 698. Cpr. Metz, 28 février 1856, Sir., 56, 2, 321.

46 C'est ce que dit positivement le second alinéa de l'art. 23 de la loi du 16 septembre 1807.

47 Voy. à cet égard : § 619, texte n°s 4 et 5.

§ 280[1].

Du renouvellement décennal des inscriptions, et de leur péremption.

Les inscriptions hypothécaires doivent, pour conserver leur effet, être renouvelées dans les dix ans à compter du jour de leur date, faute de quoi elles se périment et perdent toute valeur. Art. 2154[2].

1° *Des inscriptions soumises à renouvellement.*

La disposition de l'art. 2154, générale d'après son texte comme d'après les motifs qui l'ont fait établir, s'applique à toutes les inscriptions indistinctement, soit qu'elles concernent des hypothèques conventionnelles ou judiciaires, soit qu'elles se rapportent à des priviléges ou à des hypothèques légales, et peu importe d'ailleurs qu'elles aient été requises par les créanciers ou en leur nom, ou qu'elles aient été effectuées d'office par le conservateur des hypothèques.

La nécessité du renouvellement existe notamment, pour les inscriptions prises d'office, en vertu, soit de l'art. 2108 du Code

[1] Le § 279 a été fondu dans le § 267.

[2] La Section de législation du Conseil d'État avait proposé, contre l'opinion de la Commission de rédaction, d'abandonner la règle du renouvellement décennal, établie par l'art. 23 de la loi du 11 brumaire an VII, et de laisser aux inscriptions hypothécaires leur effet pendant tout le temps que durerait, soit l'action personnelle contre le débiteur, soit, le cas échéant, l'action hypothécaire contre le tiers détenteur ; mais cette proposition, quoique parfaitement conforme à la nature de l'hypothèque et aux principes généraux du Droit, fut rejetée par le motif qu'elle présenterait de grands inconvénients dans la pratique. En effet, comme l'action personnelle contre le débiteur, et même l'action hypothécaire contre les tiers détenteurs, sont susceptibles de se prolonger indéfiniment par suite d'actes interruptifs ou de causes de suspension de la prescription, les conservateurs eussent été obligés, pour délivrer des extraits hypothécaires, de consulter une longue série de registres, dans lesquels il leur eût été difficile de se retrouver ; et les erreurs ou omissions, qu'ils eussent été inévitablement exposés à commettre, auraient non-seulement engagé trop gravement leur responsabilité, mais même ébranlé les garanties du système hypothécaire. *Discussion au Conseil d'État sur l'art. 2154* (Locré, *Lég.*, XVI, p. 277, n° 7). — Cpr. Loi du 3 juin 1865 relative aux inscriptions d'hypothèques dans les départements de la Savoie, de la Haute-Savoie, et dans les arrondissements de Nice et de Puget-Théniers.

Napoléon[3], soit de l'art. 7 de la loi du 5 septembre 1807[4], ou de l'art. 7 de celle du 21 ventôse an VII[5].

Elle s'applique de même aux inscriptions ayant pour objet les droits d'hypothèque légale des femmes mariées, des mineurs et des interdits, en ce sens que les maris et les tuteurs sont tenus,

[3] Avis du Conseil d'État des 15 décembre 1807 - 22 janvier 1808. Persil, *Quest. hyp.*, chap. VI, § 7. Troplong, I, 286 et suiv.; et *De la transcription*, n° 294. Duranton, XX, 173. Zachariæ, § 281, texte et note 4. Dutruc, Sir., 64, 1, 57, à la note. Caen, 12 février 1812, Sir., 12, 2, 290. Req. rej., 27 avril 1826, Sir., 26, 1, 374. Toulouse, 23 mars 1829, Sir., 30, 2, 182. Rennes, 18 juin 1829, Sir., 32, 2, 151. Aix, 27 juillet 1846, Sir., 46, 2, 443. Paris, 30 novembre 1860, Sir., 61, 2, 29. Civ. rej., 2 décembre 1863, Sir., 64, 1, 57. Alger, 17 mai 1865, Sir., 65, 2, 187. Cpr. encore les arrêts cités à la note 38 *infra*. Voy. en sens contraire : Pont, n° 274; Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, n° 367; Flandin, *De la transcription*, II, 1104 à 1106; Mourlon, *De la transcription*, II, 694 et 695. Pour la réfutation de l'opinion de ces derniers auteurs, nous renverrons d'abord à l'avis précité du Conseil d'État, qui décide formellement que l'inscription prise d'office par le conservateur, en vertu de l'art. 2108, doit être renouvelée par le créancier intéressé. Nous ajouterons que la disposition de cet article, qui déclare le conservateur responsable de l'omission de l'inscriptiou d'office, indique nettement que, dans la pensée du législateur, le privilége du vendeur ne reçoit sa publicité que par sa description sur le registre des inscriptions, et que les tiers intéressés à savoir si un immeuble est ou non grevé d'un pareil privilége, n'ont à consulter que ce dernier registre, et nullement, comme on le prétend, celui des transcriptions. Dans le système que nous combattons, les tiers, induits en erreur par le défaut de renouvellement de l'inscription d'office, seraient non-seulement primés par le vendeur, mais encore privés de tout recours contre le conservateur. Or, un pareil résultat nous semble en contradiction manifeste avec l'esprit de la loi.

[4] L'art. 23 de la loi du 11 brumaire an VII avait dispensé de la nécessité du renouvellement, les inscriptions relatives aux hypothèques légales du Trésor, des mineurs ou interdits, et des femmes mariées, en ce sens que ces inscriptions conservaient leur effet jusqu'à l'apurement définitif des comptes et six mois au delà, ou pendant tout le temps du mariage et une année après. Le Code Napoléon, n'ayant pas reproduit ces exceptions, les a par cela même écartées. Avis du Conseil d'État des 15 décembre 1807-22 janvier 1808.

[5] L'art. 2154 du Code Nap., interprété par l'avis du Conseil d'État cité à la note précédente, a dérogé sur ce point à la disposition du second alinéa de l'art. 7 de la loi du 21 ventôse an VII. Voy. en ce sens : Avis inédit du Conseil d'État des 18 avril - 4 juin 1809, cité par MM. Dalloz (*Rép.*, v° Priviléges et Hypothèques, n° 2846) et Flandin (*Revue critique*, 1866, XXIX, p. 44 et 45). La question, au surplus, ne présente que peu d'intérêt d'après l'opinion que nous avons émise au § 268, texte et note 2.

sous les peines portées en l'art. 2136, de les renouveler dans les dix ans de leur date[6], et que, depuis la loi du 23 mars 1855[7], les femmes devenues veuves, les mineurs devenus majeurs, et les interdits relevés de l'interdiction, ou leurs héritiers, sont obligés, pour conserver l'effet des inscriptions prises dans leur intérêt pendant le mariage ou la tutelle, de les renouveler avant l'expiration de dix ans à compter du jour de leur date[8].

Enfin, la nécessité du renouvellement a lieu pour l'inscription de l'hypothèque légale de la femme mariée, qu'un créancier subrogé à cette hypothèque a requise à son profit, ou en marge de laquelle il a fait mentionner sa subrogation[9].

La transcription d'un acte de revente ne vaut pas, pour le vendeur originaire, comme renouvellement de son inscription, quand bien même cet acte contiendrait à son profit délégation du prix de la revente[10].

2° *Des circonstances qui font cesser la nécessité du renouvellement.*

Les inscriptions restent soumises à renouvellement aussi longtemps qu'elles n'ont pas produit leur effet légal, quels que soient d'ailleurs les changements survenus, soit dans la condition des créanciers ou des débiteurs, soit dans la possession des immeubles grevés[11].

6 Voy. la note précédente et l'avis du Conseil d'État qui y est cité.

7 Jusqu'à la promulgation de la loi de 1855, les femmes devenues veuves, les mineurs devenus majeurs, et les interdits relevés de l'interdiction, ou leurs successeurs, étaient dispensés de la nécessité de renouveler les inscriptions prises durant le mariage et la tutelle, comme ils l'étaient de la nécessité de prendre, dans un délai déterminé, de premières inscriptions. Cpr. § 269, texte n° 2, lett. *b*. Avis du Conseil d'État des 5-8 mai 1812.

8 Il est entendu que de nouvelles inscriptions, requises dans l'année de la cessation de la tutelle ou de la dissolution du mariage, assureraient aux hypothèques légales dont il s'agit l'effet que leur accorde l'art. 2135, malgré la péremption des inscriptions qui auraient été prises durant le mariage ou la tutelle.

9 Cpr. § 288 *bis*; et note 42 *infra*.

10 Persil, *Quest. hypoth.*, I, chap. VI. Grenier, II, 377. Troplong, I, 284. Pont, n° 265. Civ. rej., 14 janvier 1818, Sir., 18, 1, 500. Req. rej., 29 avril 1845, Sir., 45, 1, 535. Paris, 30 novembre 1860, Sir., 61, 2, 29.

11 On est généralement d'accord sur le principe ainsi énoncé: mais il règne de grandes dissidences d'opinion sur le point de savoir quand une inscription est à considérer comme ayant produit son effet légal. Zachariæ, § 281, texte et note 6.

Une inscription ne peut, sauf le cas de paiement effectif et valable de la créance, et celui de cession de biens[12], être réputée avoir produit son effet légal, tant que les immeubles grevés restent dans les mains du débiteur, ou du tiers qui les a hypothéqués.

Ni la faillite du débiteur hypothécaire, ni la vacance ou l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire, non plus que la saisie des immeubles hypothéqués, même suivie de la sommation prescrite par les art. 691 et 692 du Code de procédure, ne suffiraient pour faire considérer l'inscription comme ayant produit son effet légal, et par suite, pour faire cesser la nécessité du renouvellement[13].

Mais ce résultat peut, indépendamment de tout paiement effectif et valable, se présenter en cas d'aliénation des immeubles hypothéqués. A cet égard, il convient de distinguer entre l'expropria-

[12] Cpr. § 272, texte n° 3, notes 27 et 28.

[13] La raison en est facile à saisir : c'est qu'aucun des événements ou actes mentionnés au texte n'a pour conséquence d'attribuer aux créanciers inscrits, un droit individuel et déterminé sur le prix de l'immeuble, avantage que l'inscription a précisément pour objet de leur procurer. Que si la faillite du débiteur, la vacance ou l'acceptation bénéficiaire de sa succession fixent les droits respectifs des créanciers, en ce que l'un d'eux ne peut plus améliorer sa position au détriment de celle des autres, il n'en résulte nullement que leurs droits ne puissent être atteints par des déchéances quelconques, et notamment par la péremption des inscriptions. 1° Pour le cas de faillite, voy. dans le sens de notre opinion : Grenier, I, 114; Troplong, III, 660 *bis*; Duranton, XX, 168; Renouard, *Des faillites*, I, p. 496; Pont, n° 1054; Baudot, n° 880; Demangeat sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 288, à la note; Zachariæ, § 281, texte et note 9; Civ. rej., 17 juin 1817, Sir., 17, 1, 287; Limoges, 26 juin 1820, Sir., 21, 2, 57; Caen, 19 février 1825, Sir., 25, 2, 321; Rouen, 30 mai 1825, Sir., 26, 2, 65; Civ. rej., 15 décembre 1829, Sir., 30, 1, 62; Paris, 19 août 1841, Sir., 41, 2, 589; Civ. rej., 2 décembre 1863, Sir., 64, 1, 57. Voy. en sens contraire, pour ce cas : Persil, sur l'art. 2154, n° 7; Pardessus, *Cours de Droit commercial*, IV, 1123; Paris, 7 juillet 1811, Sir., 11, 2, 487; Paris, 9 mars 1812, Sir., 12, 2, 408; Paris, 7 décembre 1831, Dalloz, 1832, 2, 77. 2° Pour le cas de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de la succession du débiteur, voy. dans le sens de la proposition énoncée au texte : Zachariæ, § 281, note 10; Bordeaux, 15 décembre 1826, Sir., 27, 2, 221; Civ. rej., 29 juin 1830, Sir., 30, 1, 253. Voy. en sens contraire, pour le même cas : Rouen, 18 mars 1820, Sir., 25, 2, 321. 3° Pour le cas de saisie, voy. Zachariæ, § 281, texte et note 11; Civ. cass., 31 janvier 1821, Sir., 21, 1, 180; Req. rej., 9 août 1821, Sir., 22, 1, 38; Req. rej., 18 août 1830, Sir., 31, 1, 174.

tion forcée, l'expropriation pour cause d'utilité publique, et la vente volontaire.

Au cas d'adjudication par suite de saisie immobilière, l'inscription est à considérer comme ayant produit son effet légal à partir du jugement d'adjudication ; et dès ce moment les créanciers sont dispensés de renouveler leurs inscriptions, non-seulement dans leurs rapports avec l'adjudicataire, mais encore dans leurs rapports les uns à l'égard des autres[14].

L'avantage ainsi acquis aux créanciers subsisterait, dans le cas même où l'adjudication viendrait à être suivie de surenchère[15],

[14] Avant la loi du 23 mars 1855, il était généralement admis par la doctrine et par la jurisprudence, que l'inscription devait être considérée comme ayant produit son effet légal à partir du jugement même d'adjudication. Cette solution trouvait sa justification dans le double motif, que ce jugement arrêtait le cours des inscriptions, et qu'il constituait l'adjudicataire débiteur personnel et direct des créanciers. Voy. Grenier, I, 108 ; Troplong, III, 717 ; Duranton, XX, 163 ; Zachariæ, § 281, texte et note 9 ; Req. rej., 7 juillet 1829, Sir., 29, 1, 349 ; Toulouse, 18 juin 1830, Sir., 30, 2, 364; Req. rej., 14 juin 1831, Sir., 31, 1, 357; Bordeaux, 24 février 1831, Sir., 31, 2, 147; Angers, 4 janvier 1834, Sir., 34, 2, 172. Voy. cep. Tarrible, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 8 *bis*, n° 5. Mais aujourd'hui que le jugement d'adjudication n'arrête plus par lui-même le cours des inscriptions, et que cet effet n'est attaché qu'à la transcription de ce jugement, le premier de ces motifs n'existe plus, et l'on a voulu conclure de là que la nécessité du renouvellement ne cesse qu'à partir de la transcription du jugement d'adjudication. Voy. en ce sens : Troplong, *De la transcription*, n° 272 ; Olivier et Mourlon, n° 235. Cette opinion ne paraît pas devoir être suivie. En effet, aujourd'hui comme autrefois, l'adjudicataire devient, par l'effet même du jugement d'adjudication, et en vertu d'un véritable contrat judiciaire, débiteur direct de son prix envers les créanciers inscrits à ce moment. Si de nouvelles inscriptions peuvent être prises jusqu'à la transcription du jugement d'adjudication, il n'en résulte pas que ces créanciers aient besoin de renouveler leurs propres inscriptions pour conserver un droit qui leur était irrévocablement acquis. Cpr. Pont, n° 1056.

[15] La surenchère n'empêche pas que l'immeuble hypothéqué ne se trouve de fait réalisé pour le compte des créanciers, auxquels elle profitera en leur procurant un prix plus élevé ; elle les laisse, soit entre eux, soit vis-à-vis de l'adjudicataire définitif, dans la situation où le jugement d'adjudication les avait placés. Cela ne paraît pas contestable pour le cas où l'adjudicataire, momentanément écarté par la surenchère, se rend adjudicataire définitif ; et, au cas contraire, il sera toujours vrai de dire que le nouvel adjudicataire se trouve, au regard et dans l'intérêt des créanciers, substitué aux obligations du premier adjudicataire. Nous ne voyons donc pas de raison solide pour imposer aux créanciers la néces-

et dans celui où, à défaut de paiement du prix par l'adjudicataire, les immeubles expropriés seraient revendus à la folle enchère[16]. Mais il disparaîtrait complétement, si le jugement d'adjudication était annulé ou infirmé sur appel.

Lorsque l'immeuble hypothéqué vient à être exproprié pour cause d'utilité publique, l'inscription doit être considérée comme ayant produit son effet légal à l'expiration de la quinzaine qui suit la transcription du jugement d'expropriation. Mais elle reste jusque-là soumise à la nécessité du renouvellement[17].

sité de renouveler, dans l'éventualité d'une surenchère, leurs inscriptions, même après le jugement d'adjudication. On objecte que la surenchère fait disparaître la première adjudication, dont il ne doit plus être tenu aucun compte. Mais cette objection, que nous n'admettons pas en principe, et en tant qu'on voudrait attribuer à la surenchère l'effet d'une véritable et complète résolution, porte à faux en ce qui concerne la question qui nous occupe, pour la solution de laquelle il faut se placer au point de vue que nous avons indiqué. Cpr. les arrêts cités à la note 24 *infra*. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 720; Pont, n° 1057.

[16] Arg. art. 779 du Code de proc. Troplong, III, 721 et 722. Martou, III, 1158. Voy. en sens contraire : Pont, n° 1057. Comment cet auteur n'a-t il pas été frappé de la considération, que l'inexécution des engagements contractés par l'adjudicataire, ne saurait avoir pour résultat de priver tels ou tels des créanciers de droits qui leur étaient acquis vis-à-vis des autres?

[17] A la différence de ce qui a lieu en matière d'expropriation forcée, l'État, ou toute autre personne qui poursuit une expropriation pour cause d'utilité publique, ne contracte, par l'effet même du jugement d'expropriation, aucune obligation personnelle et directe envers les créanciers inscrits au moment où il est rendu, puisque, restés complétement étrangers à la procédure qui a précédé le jugement, ces créanciers ne peuvent l'invoquer comme formant un contrat judiciaire à leur profit. On ne peut donc pas dire que leurs inscriptions aient produit dès ce moment leur effet légal. La conclusion contraire doit même se tirer de l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841, duquel il résulte virtuellement que la personne sur la provocation de laquelle le jugement d'expropriation a été rendu, se trouve valablement libérée par le paiement de l'indemnité entre les mains des créanciers portés sur l'état d'inscriptions levé à la date de l'expiration du délai de quinzaine, état dans lequel le conservateur n'a pas à comprendre les inscriptions remontant à plus de dix ans antérieurement à cette date. Cpr. cep. Civ. cass., 30 janvier 1865, Sir., 65, 1, 141. Cet arrêt, qui énonce en principe que le renouvellement n'est plus nécessaire après la transcription du jugement d'expropriation ou de l'acte de cession, n'a pas statué sur la question décidée au texte, puisque dans l'espèce il s'agissait d'inscriptions dont le renouvellement ne serait devenu nécessaire que longtemps après l'expiration de la quinzaine qui avait suivi la transcription.

La vente volontaire de l'immeuble hypothéqué et la transcription de l'acte qui la constate ne suffisent pas pour faire considérer les inscriptions comme ayant produit leur effet légal à dater de cette transcription [18]. Il en est même ainsi des ventes faites en justice, et spécialement de l'adjudication sur licitation ordonnée par jugement [19].

En matière de vente volontaire, la nécessité du renouvellement incombe même au créancier qui, sur l'opposition formée par le tiers détenteur à la sommation faite en vertu de l'art. 2169, a obtenu un jugement condamnant celui-ci à payer ou à délaisser [20]. Elle existe également pour le créancier qui s'est lui-même rendu acquéreur de l'immeuble affecté à sa créance, aussi longtemps du moins qu'il n'a pas rempli les formalités de la purge [21], ainsi que pour le tiers acquéreur qui a désintéressé des créanciers hypothécaires, en ce sens qu'il doit, pour s'assurer l'effet de la subrogation dans leurs droits d'hypothèque, renouveler en temps utile les inscriptions qu'ils ont prises [22].

[18] Grenier, I, 112. Duranton, XX, 167. Taulier, VII, p. 354. Pont, n° 1059. Zachariæ, § 281, note 14, *in fine*. Civ. rej., 15 décembre 1829, Sir., 30, 1, 62. Civ. cass., 18 février 1834, Sir., 34, 1, 76. Paris, 24 mars 1860, Sir., 60, 2, 235. Cpr. Caen, 12 février 1812, Sir., 12, 2, 290.

[19] Req. rej., 14 novembre 1866, Sir., 67, 1, 21.

[20] Un pareil jugement ne confère au créancier qui l'a obtenu, aucun droit de préférence sur le prix, et ne crée même pas à son profit, contre le tiers détenteur, une action personnelle, susceptible de survivre à l'action hypothécaire. Pont, n° 1062. Civ. rej., 3 février 1824, Sir., 24, 1, 190. Civ. cass., 31 janvier 1854, Sir., 54, 1, 188. Cpr. Toulouse, 19 mars 1861, Sir., 62, 2, 280.

[21] Le créancier qui, devenu acquéreur de l'immeuble hypothéqué, a négligé de renouveler son inscription, ne pourrait, pour se soustraire aux conséquences de la péremption, se prévaloir d'une compensation opérée entre sa créance et le prix dont il est débiteur. Les conditions de la compensation feraient complétement défaut en pareil cas. Marcadé, sur l'art. 1298. Desjardins, *De la compensation*, n° 123, p. 420. Caen, 30 janvier 1826, Sir., 26, 2, 313. Bourges, 28 mai 1827, Sir., 29, 2, 193. Metz, 6 juin 1866, Sir., 66, 2, 366. Cpr. § 326, texte *in fine*. Mais il est bien entendu que son inscription devra, tout aussi bien que celles des autres créanciers, être considérée comme ayant produit son effet, du moment qu'il aura fait les notifications prescrites par les art. 2183 et 2184. Persil, sur l'art. 2154, n° 8. Troplong, III, 726 *bis*. Martou, III, 1168. Pont, n° 1054. Zachariæ, § 281, texte et note 12. Req. rej., 5 février 1828, Sir., 28, 1, 142. Req. rej., 1er mai 1828, Sir., 28, 1, 301. Grenoble, 10 mai 1832, Sir., 32, 2, 408. Paris, 21 août 1862, Sir., 62, 2, 545.

[22] Dans cette hypothèse encore, l'acquéreur ne serait pas fondé à invoquer

Mais les inscriptions grevant l'immeuble vendu doivent être considérées comme ayant produit leur effet, tant dans les rapports respectifs des créanciers entre eux, que dans leurs rapports avec l'acquéreur, et se trouvent ainsi dispensées de la nécessité du renouvellement, du moment où ce dernier a fait la notification prescrite par l'art. 2183, avec offre de payer son prix d'acquisition[23]. La circonstance qu'un tiers serait, par suite de surenchère, devenu adjudicataire de l'immeuble hypothéqué, ne priverait pas les créan-

une compensation entre sa dette personnelle et les créances qu'il a acquittées. Il ne pourrait pas davantage se prévaloir de l'extinction proportionnelle de sa dette, par l'effet de la confusion dans sa personne, de la double qualité de créancier et de débiteur. Zachariæ, § 281, texte et note 13. Rouen, 30 mai 1825, Sir., 26, 2, 221.

[23] Il est aujourd'hui généralement reconnu que cette notification, qui emporte, de la part de l'acquéreur, l'obligation personnelle de payer son prix aux créanciers en ordre de le recevoir, en vertu d'une hypothèque valable et efficace au moment où elle est faite, les dispensent par cela même en principe de renouveler leurs inscriptions. Mais il s'est élevé de vives controverses sur la double question de savoir : 1° si cette dispense existe à partir du jour même de la notification, ou si, au contraire, elle n'a lieu qu'à compter de l'expiration du délai de quarante jours, accordé aux créanciers pour l'exercice du droit de surenchérir ; 2° si la dispense de renouvellement continue de subsister malgré la survenance d'une surenchère. A notre avis, la solution de la première de ces questions dépend entièrement de celle de la seconde, en ce que, dans le système qui maintient la dispense de renouvellement, même au cas de surenchère formée dans les quarante jours, il y aurait inconséquence à ne faire courir la dispense que de l'expiration de ce délai, et en ce que, dans le système contraire, il serait peu logique de faire remonter la dispense à une date antérieure à l'expiration du délai de surenchère. Or, comme dans notre opinion la surenchère n'apporte, au point de vue qui nous occupe, aucun changement à la position des créanciers, nous n'hésitons pas à décider qu'ils se trouvent dispensés de la nécessité de renouveler leurs inscriptions, par l'effet immédiat de la notification faite à la requête de l'acquéreur, et à compter du jour même de sa date. Voy. en ce sens : Grenier, I, 112 ; Duranton, XX, 167 ; Taulier, VII, p. 354 ; Paris, 29 août 1815, Sir., 16, 2, 175 ; Bordeaux, 10 juillet 1823, Sir., 23, 2, 246 ; Montpellier, 30 juillet 1827, Sir., 27, 2, 211 ; Lyon, 16 février 1830, Sir., 31, 2, 292 ; Civ. rej., 1er juillet 1834, Sir., 34, 1, 504 ; Req. rej., 21 mars 1848, Sir., 48, 1, 273 ; Bourges, 20 novembre 1852, Dalloz, 1855, 2, 27. Voy. dans le sens de l'opinion qui ne fait cesser la nécessité du renouvellement qu'à partir de l'expiration du délai de surenchère : Troplong, III, 723 ; Martou, III, 1165 ; Pont, n° 1060 ; Zachariæ, § 281, texte et note 8 ; Paris, 16 janvier 1840, Sir., 40, 2, 129.

ciers de l'avantage qui leur était acquis, et n'entraînerait pas la péremption des inscriptions non renouvelées [24].

Du reste, les créanciers hypothécaires ne peuvent, au cas où l'aliénation, soit volontaire, soit forcée, des immeubles grevés, a été suivie d'une revente, conserver le droit de suite à l'encontre des sous-acquéreurs, et le droit de préférence vis-à-vis des créanciers personnels de ces derniers, qu'à la condition du renouvellement, en temps utile, de leurs inscriptions [25]. Il en serait ainsi, alors même qu'ils auraient déjà obtenu des bordereaux de collocation sur l'acquéreur ou l'adjudicataire originaire [26].

[24] L'opinion contraire se fonde sur ce que la surenchère opère la résolution *ex tunc* du contrat de l'acquéreur, d'où l'on conclut, qu'elle fait disparaître, d'une manière absolue et avec toutes ses conséquences, la notification et l'offre faites par l'acquéreur. Mais cette conclusion, exacte en ce sens, que l'acquéreur se trouve dégagé de toute obligation envers les créanciers, tombe, s'il est permis de s'exprimer ainsi, à côté de la question qu'il s'agit de résoudre. L'accomplissement des formalités de la purge est un fait que la surenchère ne saurait faire disparaître, ni en soi, ni dans ses conséquences légales pour les créanciers. L'offre du prix, faite à ces derniers, constitue pour eux un avantage ou un droit irrévocable, en ce qu'elle sera nécessairement réalisée, soit par l'acquéreur lui-même, soit par le surenchérisseur, et ici encore nous dirons, comme pour la surenchère après adjudication sur expropriation forcée, que la surenchère ne fait que substituer un nouvel acquéreur au premier, et assure de plus en plus les droits des créanciers, en augmentant le montant de la somme à distribuer. Grenier, I, 112. Persil, sur l'art. 2154, nos 4 et 5. Paris, 21 février 1825, Sir., 26, 2, 33. Civ. rej., 30 mars 1831, Sir., 31, 1, 343. Dijon, 13 août 1855, Sir., 55, 2, 618. Civ. rej., 19 juillet 1858, Sir., 59, 1, 23. Voy. en sens contraire : Duranton, XX, 167; Troplong, III, 726; Martou, III, 1165. Voy. aussi : Toulouse, 30 juillet 1835, Sir., 36, 2, 156; Colmar, 27 avril 1853, Sir., 53, 2, 572; Paris, 24 mars 1860, Sir., 60, 2, 235. Cpr. encore : Grenoble, 12 mai 1824, Sir., 25, 2, 184; Bordeaux, 17 mars 1828, Sir., 28, 2, 179.

[25] La dispense de renouvellement résultant, soit du jugement d'adjudication sur expropriation, soit de l'accomplissement des formalités de la purge, n'est que relative, et ne s'applique, d'après la nature même de la cause qui la produit, qu'aux rapports des créanciers avec l'adjudicataire ou l'acquéreur, et à leurs rapports les uns à l'égard des autres. Étendre cette dispense même au droit de suite contre des sous-acquéreurs ou leurs créanciers personnels, ce serait admettre un effet dépassant sa cause. Troplong, III, 722. Req. rej., 21 mars 1848, Sir., 48, 1, 273. Voy. aussi les autorités citées à la note suivante. Voy. en sens contraire : Duranton, XX, 166.

[26] De pareils bordereaux de collocation ne confèrent, en effet, aux créanciers hypothécaires qui les ont obtenus, aucune action personnelle et directe contre

3° *De la supputation du délai de dix ans, fixé pour le renouvellement.*

Le délai de dix ans, fixé pour le renouvellement des inscriptions, doit se supputer d'après la règle générale *Dies termini a quo non computatur in termino*[27]. Ainsi, l'on ne fait pas entrer en calcul le jour auquel l'inscription a été prise ; mais on y comprend le jour de l'expiration du délai (*dies ad quem*), en ce sens que ce jour est le dernier utile pour opérer le renouvellement. Il en résulte, par exemple, qu'une inscription prise le 1er juin 1853 a pu être utilement renouvelée le 1er juin 1863, mais qu'elle se serait trouvée frappée de péremption, si le renouvellement n'en avait eu lieu que le 2 juin[28].

les sous-acquéreurs. Chauveau sur Carré, *Quest.*, 2608, *quarto*. Seligmann, *Des saisies immobilières*, n° 546. Paris, 16 avril 1832, Sir., 32, 2, 493. Bourges, 21 février 1837, Sir., 38, 2, 62. Cpr. Paris, 12 novembre 1836, Sir., 37, 2, 148; Civ. rej., 17 mai 1859, Sir., 59, 1, 577. Voy. en sens contraire : Toulouse, 18 juin 1830, 19 avril 1839 et 4 mars 1864, Sir., 30, 2, 364, 39, 2, 429, et 64, 2, 104. Sauf leur action personnelle contre le débiteur de leurs bordereaux de collocation, il ne resterait aux créanciers hypothécaires, déchus du droit de suite faute de renouvellement de l'inscription en temps utile, d'autre ressource que d'exercer, en vertu de l'art. 1166, du chef de leur débiteur, vendeur originaire ou partie saisie, et selon les cas, soit l'action en résolution, soit le privilége compétent à ce dernier, à supposer que ces droits aient été dûment conservés. Orléans, 18 novembre 1836, Sir., 37, 2, 144.

[27] Cpr. § 49, note 15. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 517. Pont, n° 827. Flandin, *De la transcription*, II, 1022 et 1138. Civ. cass., 20 janvier 1863, Sir., 63, 1, 11. Rouen, 12 décembre 1862, et 20 mai 1863, Sir., 63, 2, 147.

[28] Grenier, I, 107. Sirey, *Dissertation*, Sir., 22, 2, 217. Troplong, III, 714. Martou, III, 1141. Pont, n° 1093. Zachariæ, § 281, texte et note 1re. Limoges, 3 juillet 1824, Sir., 26, 2, 174. Caen, 19 février 1825, Sir., 26, 2, 65. Req. rej., 5 avril 1825, Sir., 26, 1, 152. Bordeaux, 23 janvier 1826, Dalloz, 1826, 2, 199. Nîmes, 7 mars 1826, Dalloz, 1826, 2, 209. Riom, 8 avril 1843, Sir., 43, 2, 370. Deux autres opinions se sont produites sur le mode de supputation du délai dont il s'agit. D'après la première, il faudrait comprendre dans le délai, non-seulement le *dies ad quem*, mais même le *dies a quo*, de telle sorte que, dans l'exemple donné au texte, le renouvellement aurait dû avoir lieu au plus tard le 31 mai. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 8 *bis*, n° 1, et *Quest.*, v° Délai, n° 4 *bis*; Duranton, XX, 160; Colmar, 30 juillet 1813, Sir., 15, 2, 23; Toulouse, 2 janvier 1841, Sir., 41, 2, 465. D'après la seconde, au contraire, il ne faudrait comprendre dans le calcul, ni le jour *a quo*, ni même le jour *ad quem*, de telle sorte qu'une inscription prise le 1er juin 1853 aurait pu être utilement renouvelée le 2 juin 1863. Voy. en ce

La règle que le *dies ad quem* est le dernier jour utile, reçoit son application dans le cas même où le délai expire un jour férié [29].

Les événements qui, tels que la faillite, l'acceptation bénéficiaire ou la vacance d'une succession, forment obstacle à ce qu'une première inscription puisse être prise d'une manière complétement efficace, ne s'opposent nullement au renouvellement d'une inscription prise antérieurement [30].

4° *Des personnes qui doivent provoquer le renouvellement, de celles au nom desquelles il peut être requis, et des formalités à accomplir pour l'effectuer.*

Le renouvellement des inscriptions doit, en général, être provoqué par les créanciers ou, en leur nom, par les personnes chargées de veiller à leurs intérêts. Le conservateur des hypothèques n'est tenue de renouveler, ni les inscriptions prises d'office en vertu de l'art. 2108, ni même celles qui l'ont été dans l'intérêt du Trésor public sur les biens des comptables [31].

Le renouvellement peut être valablement fait au nom du créancier originaire, alors même qu'il est décédé, ou qu'il a transporté la créance à un tiers [32].

La personne qui requiert le renouvellement d'une inscription, n'est pas tenue de représenter de nouveau au conservateur, le titre en vertu duquel elle a été prise [33]. Mais elle doit lui remettre, comme au cas d'inscription première, les deux bordereaux exigés par le second alinéa de l'art. 2148.

sens : Persil, sur l'art. 2154, n° 8 ; Delvincourt, III, p. 353 ; Paris, 25 mai 1814, Sir., 15, 2, 228. Ces deux opinions, contraires à la règle générale sur la supputation des délais, ne se justifient point par le texte de l'art. 2154, qui, en employant la formule *pendant dix années, à compter du jour de leur date*, s'en est évidemment référé à cette règle.

29 Cpr. § 49, texte et note 20. Pont, n° 1040. Riom, 8 avril 1843, Sir., 43, 2, 370. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2154, n° 8 ; Grenier, I, 107.

30 Mourlon, *De la transcription*, II, 638. Demangeat sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 288, à la note.

31 Avis du Conseil d'État des 15 décembre 1807-22 janvier 1808.

32 Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 2, art. 10, n° 1. Troplong, I, 363. Duranton, XX, 95. Grenier, I, 74. Req. rej., 4 avril 1811, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 1, 319.

33 Instructions de la Régie du 2 avril 1834 et du 13 avril 1865, Sir., 34, 2, 373, et 66, 2, 35. Merlin, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 8 *bis*, n° 15. Troplong, III, 715. Pont, n° 1051. Zachariæ, § 281, texte et note 16. Civ. cass., 14 avril 1817, Sir., 17, 1, 206. Paris, 27 décembre 1831, Sir., 32, 2, 49.

Il n'est pas absolument indispensable que l'inscription prise en renouvellement contienne toutes les énonciations et indications exigées par les art. 2148 et 2153, lorsque d'ailleurs l'inscription qu'elle a pour objet de maintenir, y est indiquée ou rappelée d'une manière tellement précise, qu'il est impossible de se méprendre sur cette inscription, qui sert alors de complément à la nouvelle [34].

Mais alors même que la nouvelle inscription réunit tous les éléments requis par les art. 2148 et 2153, elle doit, pour conserver à l'hypothèque son rang primitif, énoncer, sinon explicitement, du moins implicitement [35], qu'elle est prise en renouvellement d'une inscription précédente. A défaut de toute énonciation ou indication de cette nature, la nouvelle inscription ne vaudrait que comme inscription première [36].

[34] Le vœu de la loi se trouvera par là même complétement rempli. Troplong, II, 715. Pont, n° 1052. Zachariæ, § 281, texte et note 16. Req. rej., 16 mars 1820, Sir., 20, 1, 353. Civ. cass., 22 février 1825, Sir., 25, 1, 178. Grenoble, 9 janvier 1827, Sir., 27, 2, 216. Agen, 7 février 1861, Sir., 61, 2, 449. Metz, 22 janvier 1862, Sir., 62, 2, 380. Cpr. aussi : Duranton, XX, 169. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 8 *bis*, n° 12 ; Grenier, I, 117 ; Persil, sur l'art. 2154, n° 11 ; Martou, III, 1146. D'après ces auteurs, l'inscription prise en renouvellement, devrait, à peine de nullité, contenir toutes les formalités substantielles exigées pour une inscription première. Voy. aussi en ce sens : Civ. rej., 14 janvier 1818, Sir., 18, 1, 300.

[35] Cpr. Civ. rej., 3 février 1819, Sir., 19, 1, 245 ; Montpellier, 26 février 1852, Sir., 55, 2, 26.

[36] Il serait contraire au principe essentiel de la publicité, qu'une inscription pût conférer à l'hypothèque qui en fait l'objet, un rang antérieur à sa date, alors que rien n'annoncerait aux tiers qu'elle n'est que la continuation ou la reproduction d'une inscription précédente. Merlin, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 8, n° 11. Battur, III, 452. Grenier, I, 117 et 240. Duranton, XX, 169. Pont, n° 1053. Baudot, n° 813. Zachariæ, § 281, texte et note 14. Req. rej., 14 juin 1831, Sir., 31, 1, 357. Civ. cass., 29 août 1838, Sir., 38, 1, 769. Lyon, 10 janvier 1844, Sir., 44, 2, 208. Req. rej., 25 janvier 1853, Sir., 53, 1, 423. Agen, 22 janvier 1861, Sir., 61, 2, 538. Civ. cass., 16 février 1864, Sir., 64, 1, 289. Voy. en sens contraire : Limoges, 14 avril 1848, Sir., 48, 2, 539 ; Troplong, III, 715. Le savant magistrat estime que le rappel de l'inscription originaire n'est pas indispensable, parce que les créanciers inscrits dès avant le renouvellement de cette dernière, ont su qu'ils étaient primés par le créancier à qui elle appartenait, et que les créanciers inscrits seulement depuis le renouvellement, sont primés en vertu de l'inscription renouvelée, aussi bien qu'ils le seraient en vertu de l'inscription originaire. Ce raisonnement part d'une supposition erronée : si le créancier qui prend une inscription peut connaître les inscrip-

5° *Des effets du renouvellement, et des conséquences de l'omission de cette formalité.*

Le renouvellement, effectué en temps utile, conserve à l'inscription originaire toute son efficacité, pendant un nouveau délai de dix ans à dater du jour où il a eu lieu, et met le créancier en position de pouvoir, au moyen de renouvellements ultérieurs, opérés chaque fois dans les dix ans à partir de la date de la dernière inscription, prolonger indéfiniment la force et les effets de la première.

Le défaut de renouvellement d'une inscription équivaut au défaut d'inscription première, et emporte les mêmes conséquences, mais n'en entraîne pas de plus préjudiciables. Pour le développement de ce principe, il convient de l'appliquer séparément, en premier lieu, aux hypothèques dont l'efficacité est nécessairement subordonnée à la condition d'une inscription, en second lieu, aux priviléges, et enfin aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits.

Lorsqu'il s'agit, soit d'une hypothèque conventionnelle ou judiciaire, soit d'une hypothèque légale autre que celles des femmes mariées, des mineurs, ou des interdits, le défaut de renouvellement de l'inscription prise par le créancier ou en son nom, entraîne toujours la perte du rang qui y était attaché. Il entraîne même la déchéance du droit de suite, et par conséquent la perte du droit hypothécaire lui-même, si le créancier ne se trouve plus dans les délais pendant lesquels une première inscription peut être valablement prise[37]. Au cas contraire, celui-ci est admis à prendre une seconde inscription, qui produira, du jour de sa date, tous les effets que produirait une premère inscription.

Les mêmes propositions s'appliquent en général aux priviléges, que l'inscription exigée pour leur conservation doive être requise ou non dans un délai déterminé, avec cette réserve toutefois, en faveur du privilége du vendeur, que la péremption de la première

tions antérieures, il ne les connaît pas toujours de fait ; et en réalité, les tiers se trouveraient, dans le système que nous combattons, exposés à des erreurs et à des mécomptes. Ce système supposerait d'ailleurs que le conservateur n'est pas dispensé de rechercher les inscriptions antérieures à dix ans ; et une pareille supposition, contraire au but du renouvellement, ferait précisément naître les inconvénients que le législateur a voulu éviter.

[37] Zachariæ, § 281, texte et note 17. Colmar, 30 juillet 1813, Sir., 15, 2, 34. Paris, 9 février 1814, Sir., 15, 2, 74. Civ. rej., 2 décembre 1863, Sir., 64, 1, 57.

inscription n'y préjudicie en aucune manière, lorsqu'une nouvelle inscription est prise avant l'expiration des délais indiqués au § 272[38].

Quant aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs, ou des interdits, le défaut de renouvellement, pendant le mariage ou la tutelle, d'inscriptions prises en conformité des art. 2136 et suiv., ne porte aucune atteinte à ces hypothèques, qui continuent de jouir des prérogatives qu'y attache l'art. 2135[39].

Il en est de même des inscriptions qui, au cas d'aliénation d'immeubles appartenant au mari ou au tuteur, ont été prises dans le délai de deux mois, à partir de l'accomplissement des formalités relatives à la purge spéciale des hypothèques légales non inscrites. Le défaut de renouvellement de ces inscriptions n'entraîne, tant que durent le mariage ou la tutelle, l'extinction des hypothèques des femmes mariées, des mineurs, ou des interdits, ni au regard des autres créanciers du mari ou du tuteur, ni même au profit des tiers acquéreurs et de leurs créanciers ou sous-acquéreurs[40].

38 Verdier, *De la transcription*, II, 513. Zachariæ, § 281, note 17. Paris, 24 mars 1817, Sir., 18, 2, 19. Paris, 20 février 1834, Sir., 34, 2, 160. Paris, 8 mars 1843, Sir., 43, 2, 193. Req. rej., 23 décembre 1845, Sir., 47, 1, 159. Besançon, 14 décembre 1861, Sir., 62, 2, 129. Poitiers, 18 juillet 1864, Sir., 64, 2, 182. Req. rej., 14 février 1865, Sir., 65, 1, 190.

39 Avant la loi du 23 mars 1855, la dispense de renouvellement d'inscriptions prises pendant le mariage ou la tutelle, se continuait, sans limitation spéciale de temps, après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, au profit de la femme devenue veuve, du mineur devenu majeur, ou de l'interdit relevé de l'interdiction, et de leurs héritiers ou successeurs même particuliers. Avis du Conseil d'État des 15 décembre 1807-22 janvier 1808. Avis du Conseil d'État des 5-8 mars 1812. Tarrible, *Rép.*, v° Inscript. hyp., § 3, n° 4. Persil, sur l'art. 2154, n° 1. Zachariæ, § 281, texte et note 18. Civ. rej., 21 août 1833, Sir., 33, 1, 612. Cpr. § 269, texte n° 2, lett. *b*.

40 L'inscription prise dans le délai de deux mois fixé par l'art. 2195, a pour effet immédiat d'empêcher que l'acquéreur ne puisse se libérer au préjudice des droits de la femme, du mineur, ou de l'interdit, et aucune disposition de la loi ne subordonne la durée ou le maintien de cet effet au delà de dix ans, à la condition du renouvellement de l'inscription. Le législateur n'a pas voulu que des acquéreurs de bonne foi pussent devenir victimes de l'ignorance des hypothèques légales grevant les immeubles acquis; et c'est pour cela qu'il a organisé la procédure spéciale des art. 2193 et suivants, en attachant la déchéance au défaut d'inscriptions dans le délai fixé. Mais quand ces hypothèques se sont manifestées au moyen d'inscriptions prises dans ce délai, les acquéreurs sont avertis, et leurs intérêts pleinement sauvegardés. On dépasserait donc le but de la loi, et

Mais, depuis la loi du 23 mars 1855, le défaut de renouvellement, dans l'année à partir de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle, d'inscriptions prises pendant le mariage ou la tutelle, en conformité, soit des art. 2136 et suiv., soit de l'art. 2195, fait perdre à la femme devenue veuve, au mineur devenu majeur, ou à l'interdit relevé de l'interdiction, le bénéfice du rang de faveur attaché à leurs hypothèques, et leur fait même encourir la déchéance de leurs droits hypothécaires, lorsqu'ils ne se trouvent plus en délai utile pour prendre une inscription valable[41].

D'un autre côté, le défaut de renouvellement, même pendant le mariage, d'une inscription prise sur les biens du mari, ferait perdre au créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme, le bénéfice de la saisine et du rang de sa subrogation, soit qu'il eût requis lui-même l'inscription, soit qu'il eût simplement fait mentionner sa subrogation en marge d'une inscription préexistante[42].

§ 281.

De la radiation des inscriptions.

La radiation d'une inscription est la déclaration par laquelle on fait connaître qu'elle est désormais à considérer comme non avenue. La radiation s'opère au moyen d'une annotation que le conservateur des hypothèques fait en marge de l'inscription, et dans laquelle il relate l'acte en vertu duquel elle a lieu[1].

l'on se mettrait en opposition avec son esprit, en admettant, à côté de la déchéance prononcée par l'art. 2194, la péremption établie par l'art. 2154. Metz, 14 juin 1837, Sir., 38, 2, 197. Grenoble, 8 août 1857, Sir., 57, 2, 479. Cpr. Civ. rej., 22 février 1841, Sir., 41, 1, 514. Voy. cep. Nancy, 28 juillet 1853, Sir., 53, 2, 574.

41 Arg. art. 8 de la loi du 23 mars 1855. Pont, n° 1046.

42 D'après l'art. 9 de la loi précitée, les créanciers subrogés à l'hypothèque légale d'une femme mariée ne jouissent plus, comme leur débitrice, de la faveur de la dispense d'inscription. Soumis à la loi commune de la publicité, ils sont tenus au renouvellement de l'inscription, nécessaire pour donner effet à leur subrogation vis-à-vis des tiers. Autrement on arriverait à dire que les tiers qui veulent contracter avec une femme, mariée depuis plus de dix ans, doivent consulter les registres antérieurs à cette période, et que le conservateur est tenu, sous sa responsabilité, de leur en délivrer des extraits; ce qui serait en opposition directe avec l'esprit et le but de l'art. 2154.

1 L'inscription à rayer ne doit pas être matériellement effacée ou biffée. Elle continue de subsister intacte et entière sur le registre : le terme *radiation* n'est donc pas tout à fait adéquat.

Une inscription peut être rayée, soit du consentement du créancier ou de ses ayants-droit, soit en exécution d'un jugement, soit enfin en vertu de l'ordonnance du juge-commissaire, dans les cas prévus par les art. 751, 759 et 777 du Code de proc.[2]. Art. 2157.

1° *De la capacité requise pour consentir une main-levée d'inscription.*

La capacité à l'effet de consentir la main-levée ou la radiation d'une hypothèque, se détermine par des principes différents, selon que la main-levée est ou n'est pas la conséquence du paiement même de la créance[3].

Le principe qui régit la première hypothèse est que toute personne capable de recevoir le paiement de la créance garantie par une inscription hypothécaire, et d'en donner valable décharge, jouit par cela même de la capacité nécessaire pour consentir, à la suite du paiement, la main-levée de cette inscription. C'est ainsi, par exemple, que la femme conventionnellement ou judiciairement séparée de biens d'avec son mari peut, en touchant le montant d'une créance, donner seule, et sans autorisation maritale, main-levée de l'inscription qui la garantissait[4]. C'est ainsi que, d'un autre côté, les personnes qui, à un titre quelconque, sont investies de l'administration, soit du patrimoine d'autrui, soit de valeurs communes ou sociales, et qui, en cette qualité, sont autorisées à toucher les créances soumises à leur administration, peuvent, en recevant le paiement de ces créances, consentir la radiation des inscriptions y relatives[5].

[2] Cpr. sur cette dernière cause de radiation : Grenier, II, 528; Troplong, III, 740; Civ. rej., 10 juin 1828, Sir., 28, 1, 242; Civ. cass., 15 février 1837, Sir., 37, 1, 188.

[3] Le principe posé par Zachariæ (§ 282, texte et note 4), que pour consentir valablement main-levée, il faut pouvoir disposer de la créance, est inexact dans sa généralité, et ne doit s'appliquer qu'au cas où il n'y a pas eu paiement.

[4] Delvincourt, III, p. 182. Troplong, *Des hypothèques*, III, 738 *bis*; et *Du contrat de mariage*, II, 1423. Duranton, XIV, 426, et XX, 190. Martou, III, 1189. Baudot, n° 905. Pont, n° 1077. Turin, 19 janvier 1811, Sir., 13, 2, 359.

[5] C'est ce qui a lieu, par exemple, pour le tuteur (De Fréminville, *De la minorité*, I, 259. Demolombe, VII, 666), pour le liquidateur d'une société commerciale (Toulouse, 2 août 1861, Sir., 62, 2, 33), pour chacun des associés dans une pareille société, à moins que l'acte qui l'a constituée, n'ait exclusivement attribué à l'un d'eux la gestion des affaires sociales (Pont, n° 1079. Req. rej., 19 août 1845, Sir., 45, 1, 707), et pour le syndic d'une faillite (Caen, 26 juillet 1867, Sir., 68, 2, 303).

Il n'est pas nécessaire que l'acte de main-levée contienne lui-même la preuve du paiement, qui peut être constaté par une quittance séparée. Seulement le conservateur des hypothèques peut-il, en pareil cas, et doit-il, pour mettre sa responsabilité à couvert, exiger la production d'une quittance notariée[6].

Lorsque la possibilité de donner décharge d'une créance se trouve subordonnée à certaines formalités ou conditions, le créancier, eût-il d'ailleurs la disposition de ses biens, ne peut valablement et définitivement consentir la radiation de son inscription, qu'après l'accomplissement de ces formalités ou conditions. C'est ainsi que le mineur, devenu majeur, ne peut consentir, au profit de son ancien tuteur, la main-levée de l'inscription de son hypothèque légale qu'après l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 472[7].

En ce qui concerne particulièrement la radiation des inscriptions relatives à des créances dotales de la femme mariée sous le régime de la dot, il est à remarquer que la main-levée d'une pareille inscription, même consentie à la suite de paiement, n'est valable qu'autant que le remboursement ne se trouvait pas soumis à remploi, et qu'ainsi le conservateur a intérêt à s'assurer que le contrat de mariage ne contient pas de clause de cette nature[8].

Des dispositions spéciales déterminent les règles à suivre pour la radiation, par suite de paiement, des inscriptions prises dans l'intérêt des communes, des départements, ou de l'État[9], ainsi que de celles qui concernent des établissements de bienfaisance[10].

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de faire rayer une inscription sans paiement préalable de la créance qui en forme l'objet, la capacité de consentir la main-levée dépend de celle de disposer de la créance même. Il en résulte que les simples administrateurs de la fortune d'autrui ne peuvent valablement consentir la radiation d'inscriptions relatives à des créances non encore

6 Cpr. § 268, texte et notes 24 à 29.

7 Cpr. § 121, texte et note 20. Civ. rej., 12 juillet 1847, Sir., 47, 1, 506.

8 Cpr. § 535, texte n° 1. Cpr. aussi : Civ. rej., 13 avril 1863, Sir., 63, 1, 297.

9 Voy. Ord. du 14 juillet 1840 ; Instruction générale de la régie de l'enregistrement du 24 juillet 1841, Sir., 42, 2, 238. Cpr. aussi : Douai, 29 novembre 1834, Sir., 35, 2, 51.

10 Voy. Décret du 11 thermidor an XII ; Décision ministérielle du 26 septembre 1809, Sir., 10, 2, 11.

payées[11]. Il en résulte également que les époux mariés sous le régime de la dot ne peuvent, tant qu'ils n'ont pas reçu le paiement d'une créance dotale, donner main-levée de l'inscription destinée à la garantir[12].

Le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme, qui a fait inscrire cette hypothèque pour son intérêt exclusif, et dans le seul but d'assurer l'effet de sa subrogation, a pleine capacité pour donner main-levée de l'inscription par lui prise. Le conservateur, requis d'opérer la radiation en vertu d'une pareille main-levée, devrait le faire d'une manière pure et simple, et ne pourrait, sous prétexte que l'inscription doit également profiter à la femme, en réserver l'effet dans l'intérêt de cette dernière[13]. Mais il en serait autrement si, d'après la généralité de ses termes, l'inscription devait être considérée comme prise également dans l'intérêt de la femme[14].

2° *De la forme de l'acte de main-levée.*

L'acte de main-levée doit être authentique, en ce sens que le conservateur pourrait et devrait, pour ne pas engager sa responsabilité, refuser la radiation d'une inscription sur la production d'un acte sous seing-privé. Art. 2158. La même règle s'applique à la procuration donnée pour consentir une main-levée[15],

[11] Grenier, II, 521. Persil, sur l'art. 2157, n° 7. Troplong, III, 738 *bis*. Martou, III, 1190. Baudot, n° 923. Pont, n° 1078. Civ. rej., 22 juin 1818, Sir., 19, 1, 111. Voy. cependant en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, v° Radiation des hypothèques, n° 2.

[12] Caen, 18 août 1829, Sir., 31, 2, 175. — La femme ne pourrait même pas, avec l'autorisation de son mari, acquiescer à un jugement qui aurait ordonné la radiation de l'inscription. Rouen, 8 février 1842, Sir., 42, 2, 271.

[13] Pont, *Revue critique*, 1857, XI, p. 22 et suiv. Zachariæ, § 282, note 8. Lyon, 29 décembre 1827, Sir., 28, 2, 287. Civ. cass., 5 février 1861, Sir., 61, 1, 209. Rouen, 26 décembre 1862, Sir., 64, 2, 46. Voy. cep. Toulouse, 30 décembre 1859, Sir., 60, 2, 244.

[14] Nîmes, 15 décembre 1865, Sir., 66, 2, 239. Cpr. Amiens, 31 mars 1857, Sir., 57, 2, 627; Req. rej., 2 juin 1857, Sir., 58, 1, 433.

[15] Lyon, 29 décembre 1827, Sir., 28, 2, 287. Req. rej., 21 juillet 1830, Sir., 31, 1, 921. M. Pont (n° 1074) semble croire que la radiation opérée sur la production d'une main-levée consentie, soit dans un acte sous seing privé par le créancier lui-même, soit dans un acte authentique par un mandataire porteur d'une procuration sous seing privé, pourrait, par ce seul motif, être annulée à la demande du créancier. Nous ne saurions partager cette opinion ; à notre avis,

et aux actes accessoires, dont la production serait nécessaire[16]. Au surplus, l'acte de main-levée peut être fait et produit en brevet[17].

En ce qui concerne spécialement la radiation de l'inscription d'office, prise en vertu de l'art. 2108, il est à remarquer que l'acte de main-levée doit, à moins de constater le paiement du prix de vente, contenir la renonciation au privilége même, et non pas un simple consentement à la radiation, sans quoi le conservateur des hypothèques ne pourrait être contraint à rayer l'inscription[18].

3° *Des demandes judiciaires en radiation.*

La radiation d'une inscription peut être demandée en justice, et doit être prononcée dans les cas suivants :

a. Lorsque l'inscription a été prise sans être fondée, ni sur la loi, ni sur une convention ou un jugement ;

ce dernier ne serait admis à contester la validité de la main-levée, qu'en déniant la signature apposée à la main-levée elle-même ou à la procuration. Notre sentiment à ce sujet n'est pas en opposition avec la solution que nous avons adoptée au § 266, texte n° 2 et note 49, sur le point de savoir si une hypothèque peut être valablement constituée par un mandataire muni d'une procuration sous seing privé. En effet, l'art. 2158, dont la rédaction est toute différente de celle de l'art. 2127, n'exige pas l'authenticité comme condition de la validité de la main-levée, et ne parle de la forme de cet acte qu'au point de vue du dépôt qui doit en être fait par celui qui requiert la radiation. Il n'y a d'ailleurs aucune assimilation à faire, quant à la forme, entre un acte de main-levée, qui n'est que la renonciation de la part du créancier à un accessoire de sa créance, et l'acte par lequel le débiteur ou un tiers constitue une hypothèque. Cpr. Douai, 20 décembre 1863, Sir., 64, 2, 116.

16 Cpr. texte et note 29 à 34 *infra*. Angers, 2 février 1848, Sir., 48, 2, 237.

17 Cpr. § 266, texte n° 2 et note 46. Pont, n° 1073. Grenoble, 23 juin 1836, Sir., 38, 1, 1004.

18 Une main-levée qui ne relaterait pas le paiement du prix de vente, ou qui ne contiendrait pas renonciation au privilége du vendeur, anéantirait bien l'effet de l'inscription d'office, mais ne détruirait pas celui de la transcription, qui suffit pour conserver le privilége. Le conservateur des hypothèques, chargé de faire l'inscription d'office, doit par cela même la maintenir, tant qu'il ne lui est pas justifié de l'extinction du privilége ; et il s'exposerait à une demande en dommages-intérêts, de la part des tiers qui auraient été induits en erreur par une radiation opérée en vertu d'une main-levée dans laquelle ne se trouvait constaté, ni le paiement du prix, ni la renonciation au privilége. Dijon, 17 juillet 1839, Sir., 40, 2, 71. Civ. rej., 24 juin 1844, Sir., 44, 1, 598. Cpr. Angers, 2 février 1848, Sir., 48, 2, 237.

b. Quand l'acte constitutif de l'hypothèque, en vertu duquel l'inscription a été prise, se trouve entaché de nullité, ou que le jugement qui lui avait servi de fondement a été annulé ou réformé;

c. Lorsque la créance pour sûreté de laquelle l'inscription a été requise, se trouve éteinte par une cause quelconque[19], ou que l'action personnelle du créancier contre le débiteur est frappée de prescription;

d. Quand, malgré la continuation de l'existence de cette créance, l'hypothèque ou le privilége qui y était attaché, se trouve éteint par l'une des causes d'extinction qui leur sont propres;

e. Enfin, lorsque l'inscription est nulle en la forme, c'est-à-dire qu'elle ne contient pas toutes les énonciations requises pour sa validité. Art. 2160.

La radiation d'une inscription peut être demandée par toute personne intéressée à la faire disparaître, par exemple par le débiteur, par un créancier hypothécaire postérieur, ou par le tiers acquéreur des immeubles sur lesquels elle frappe[20]. Toutefois, le débiteur ne serait pas admis à demander la radiation d'une inscription sur le fondement de sa nullité en la forme seulement[21].

Les demandes en radiation doivent être formées contre les parties intéressées, c'est-à-dire contre les créanciers inscrits, et jugées avec eux. Art. 2157. Si la radiation d'une inscription avait été ordonnée hors la présence du créancier, le conservateur ne pourrait, sans engager sa responsabilité, procéder à la radiation. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, dans le cas où un jugement, en prononçant la résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix, aurait en même temps, et hors la présence des créanciers de l'acquéreur, ordonné la radiation des inscriptions prises de son chef[22].

19 On devrait assimiler à ce cas, celui où, s'agissant de l'inscription d'une simple hypothèque de garantie, tout danger réel et sérieux aurait disparu pour l'inscrivant. Zachariæ, § 282, texte et note 13. Limoges, 9 mai 1812, Sir., 12, 2, 409.

20 Merlin, *Rép.*, v° Radiation, § 11. Troplong, III, 745. Zachariæ, § 282, texte et note 11. Req. rej., 11 mars 1834, Sir., 34, 1, 345. Civ. cass., 9 avril 1856, Sir., 57, 1, 105.

21 Cpr. § 267, texte et note 5. Pont, n° 1083. Zachariæ, § 282, note 12. Cpr. Merlin, *Quest.*, v° Inscript. hypoth., § 1.

22 En effet, les créanciers hypothécaires ne sont pas nécessairement, et à tous égards, représentés par le débiteur, dans les instances engagées avec celui-ci

La demande en radiation constitue une action principale, toutes les fois que, sans soulever de contestation sur la créance même à laquelle se rapporte l'inscription, elle ne s'attaque réellement qu'à cette dernière. Dans cette hypothèse, elle doit, à moins de convention contraire entre le créancier et le débiteur, être portée devant le tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été prise. Art. 2159. L'exploit d'ajournement se donne au titulaire de l'inscription, soit à sa personne ou à son domicile général, soit au dernier des domiciles élus sur le registre ; et ce, nonobstant le décès du créancier ou de la personne chez laquelle il avait fait élection de domicile. Art. 2156.

Mais ces règles spéciales de compétence et de procédure cessent de recevoir application, quand la radiation n'est demandée que comme conséquence de la nullité ou de l'extinction, non encore prononcée, du titre de la créance à laquelle se rapporte l'inscription[23]. Dans ce cas, on reste, à tous égards, sous l'empire des règles du Droit commun. Il en résulte, d'une part, que la demande en radiation ne pourrait, sous forme d'action principale, être soumise au tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été prise[24] ;

au sujet des immeubles qui leur sont affectés. C'est donc à tort que la Cour de Paris (12 avril 1853, *Journal du Palais*, 55, 1, 612) a jugé que le conservateur ne pouvait, dans l'hypothèse indiquée au texte, se refuser à opérer la radiation. Pont, n° 1094. Civ. cass., 6 décembre 1859, Sir., 60, 1, 9.

23 Si la nullité ou l'extinction du titre avait été prononcée, sans que la radiation de l'inscription eût été ordonnée par le même jugement, la demande en radiation constituerait une demande nouvelle et principale, et devrait être portée, non devant le tribunal qui a rendu ce jugement, mais devant le tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été prise. Cpr. Paris, 23 mai 1817, Sir., 18, 2, 20.

24 En pareil cas, la question de nullité ou d'extinction du titre est préjudicielle, et doit, comme telle, être soumise au juge compétent pour en connaître. Celui qui veut obtenir la radiation de l'inscription, ne peut forcer le créancier à débattre cette question devant tout autre juge, en affectant de ne la soulever que sous forme d'exception. En vain, pour soutenir le contraire, objecterait-on que l'art. 2159 n'écarte la compétence attribuée au tribunal de la situation des immeubles, que dans le cas où l'hypothèque inscrite a pour cause une condamnation judiciaire, éventuelle ou indéterminée, sur l'exécution ou la liquidation de laquelle les parties sont en contestation, et que cette exception, toute spéciale, ne peut être étendue à d'autres hypothèses. Cette interprétation doit être rejetée, parce qu'elle aboutirait à une conclusion contraire aux notions les plus élémentaires en fait de compétence, et que le principe sur lequel repose l'exception in-

et d'autre part, que le tribunal, régulièrement saisi de la contestation sur le titre de la créance, fût-il même un tribunal d'exception, comme un tribunal de commerce ou une justice de paix, pourrait et devrait, en annulant ce titre ou en le déclarant éteint, ordonner en même temps la radiation de l'inscription [25].

La signification du jugement qui a ordonné la radiation d'une inscription, doit, quel qu'en soit le but, être faite au créancier inscrit, à sa personne ou à son domicile général. Elle serait inefficace, soit pour faire courir les délais de l'appel d'un jugement en premier ressort, soit comme formalité préalable à l'exécution d'un jugement en dernier ressort, si elle avait eu lieu au domicile élu dans l'inscription [26].

La radiation ne peut et ne doit être opérée, que quand le jugement qui l'ordonne a été rendu en dernier ressort, ou que, par l'expiration du délai d'appel, il est passé en force de chose jugée. Art. 2157. Le conservateur pourrait et devrait donc, malgré la présentation du certificat exigé par l'art. 548 du Code de procédure, refuser d'effectuer la radiation, si, s'agissant d'un jugement rendu en premier ressort, le délai d'appel n'était pas encore ex-

diquée en l'art. 2159, général de sa nature, s'applique, avec une force au moins égale, à tous les cas où la radiation de l'inscription est demandée à raison de la nullité ou de l'extinction de la créance qui en fait l'objet. Cpr. Persil, sur l'art. 2159, n° 3; Grenier, I, 94 et 188; Troplong, III, 742; Duranton, XX, 205; Martou, III, 1231; Pont, n° 1092; Zachariæ, § 282 *bis*; Req. rej., 1er floréal an XII, Sir., 20, 1, 472; Req. rej., 29 brumaire an XIII, Sir., 7, 2, 1001; Req. rej., 5 mai 1813, Sir., 13, 1, 251. Voy. cep. Tarrible, *Rép.*, v° Radiation, n° 10; Paris, 9 mars 1813, Sir., 14, 2, 136; Caen, 19 février 1866, Sir., 66, 2, 253.

[25] Req. rej., 11 février 1834, Sir., 35, 1, 475.

[26] Merlin, *Rép.*, v° Domicile élu, § 1, nos 6 et 7. Grenier, II, 527. Persil, sur l'art. 2157, n° 19. Baudot, n° 984. Chauveau sur Carré, *Quest.*, 1907. Civ. cass., 29 août 1815, Sir., 15, 1, 430. Paris, 18 janvier 1831, Sir., 31, 2, 269. Pau, 21 janvier 1834, Sir., 34, 2, 553. Angers, 30 mars 1854, Sir., 55, 2, 418. Voy. cependant en sens contraire : Troplong, III, 739; Duranton, XX, 204; Pont, n° 1096; Zachariæ, § 282, note 6. D'après ces auteurs, la signification du jugement serait valablement faite au domicile élu dans l'inscription. Mais cette opinion, contraire à la règle générale posée par les art. 147 et 443 du Code de procédure, ne saurait être admise, en l'absence de toute disposition spéciale qui y déroge, expressément ou implicitement, pour ce qui concerne les jugements de radiation d'inscriptions hypothécaires.

piré[27]. Il en serait ainsi, dans le cas même où le jugement aurait été déclaré exécutoire par provision[28].

4° *Des pièces à produire par celui qui requiert la radiation.*

Celui qui requiert la radiation d'une inscription, est tenu de déposer au bureau du conservateur, une expédition de l'acte authentique de main-levée ou du jugement qui ordonne la radiation. Art. 2158.

Le conservateur, requis de procéder à une radiation volontairement consentie, a le droit et le devoir de vérifier et d'apprécier les actes en vertu desquels elle est demandée, non-seulement quant à leur régularité, mais encore au point de vue de la capacité des parties dont ils émanent[29]. A cet effet, il est autorisé à exiger le dépôt d'une expédition, ou tout au moins d'un extrait littéral (*in parte qua*) et suffisamment explicite[30], de la procuration, de l'acte

[27] Persil, sur l'art. 2157, n° 14. Grenier, II, 526. Troplong, III, 739. Chauveau sur Carré, *Quest.*, 1906. Paris, 14 mai 1808, Sir., 8, 2, 227. Cour de la Martinique, 19 mars 1842, Sir., 44, 2, 29. Voy. en sens contraire : Pigeau, *Procédure civile*, II, p. 427 ; Boncenne, *Théorie de la procédure*, III, p. 143 et suiv.

[28] La combinaison des art. 2157 du Code Nap. et 548 du Code de procédure conduit à reconnaître que l'exécution provisoire, prononcée en conformité de l'art. 135 de ce dernier Code, ne s'étend pas aux jugements prononçant une radiation d'inscription. Pau, 14 mars 1837, Sir., 37, 2, 376. Req. rej., 25 mai 1841, Sir., 41, 1, 497. Grenoble, 8 février 1849, Sir., 49, 2, 539. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2157, n° 20 ; Pont, n° 1093 ; Bordeaux, 21 août 1849, Sir., 41, 1, 497, à la note.

[29] Cpr. sur la responsabilité que le conservateur peut encourir en procédant imprudemment à la radiation d'une inscription : § 268, texte et notes 24 à 29.

[30] On pense assez généralement que le conservateur n'est pas tenu d'effectuer la radiation, sur le vu d'un extrait, même déclaré *littéral*, à moins que le notaire ou le greffier qui l'a délivré, n'ait de plus attesté que les parties non transcrites de l'acte ou du jugement ne contiennent ni conditions ni réserves contraires, et que l'extrait reproduit tout ce qui a trait à la radiation. Le motif que l'on en donne, est que la déclaration accessoire dont il s'agit, peut seule engager la responsabilité de l'officier ministériel qui délivre l'extrait, et couvrir ainsi celle du conservateur. Persil, sur l'art. 2158, n° 3. Pont, n° 1099. Voy. aussi en ce sens : art. 93 de la loi belge du 16 décembre 1851. Mais cette déclaration n'est-elle pas virtuellement comprise dans celle que l'extrait a été fait littéralement, en ce sens du moins que l'officier ministériel qui le délivre avec une pareille mention, en garantit la complète et entière conformité à l'acte, au point de vue de la radiation ?

de nomination, du contrat de mariage[31], de l'acte de société[32], ou de tels autres actes propres à établir la qualité en vertu de laquelle la main-levée a été consentie, ainsi que la production de tous documents nécessaires pour apprécier la capacité de la partie qui l'a donnée[33].

Lorsque la radiation est requise en exécution d'un jugement qui l'a ordonnée, le conservateur peut et doit, pour mettre sa responsabilité à couvert, exiger le dépôt des deux certificats mentionnés en l'art. 548 du Code de procédure[34].

5° *Des effets de la main-levée et de ceux de la radiation.*

Le consentement donné par le créancier à la radiation de son inscription, ne lui fait pas perdre son droit hypothécaire, s'il ne résulte pas des termes de l'acte qu'il ait voulu renoncer à son hypothèque même[35]. De là découle une double conséquence : la première, que le créancier, dont l'inscription a été rayée par suite de la main-levée, peut, à défaut du paiement de sa créance, prendre une nouvelle inscription, qui n'aura d'effet, bien entendu, que du jour de sa date[36]; la seconde, que le créancier peut, tant que l'inscription n'a pas été rayée, révoquer la main-levée et empêcher la radiation, en notifiant au conservateur l'acte de révocation[37]. Dans ce cas, il conserve son rang hypothécaire à l'égard des créanciers qui ne se sont inscrits que depuis la révocation ainsi notifiée[38] ;

31 Paris, 17 août 1843, Sir., 43, 2, 534. Metz, 13 déc. 1854, Sir., 55, 2, 193.

32 Req. rej., 19 août 1845, Sir., 45, 1, 707. Cpr. aussi : Amiens, 31 décembre 1851, Sir., 52, 2, 128.

33 Cpr. Civ. cass., 18 mai 1852, Sir., 52, 1, 634; Dijon, 7 avril 1859, Sir., 59, 2, 585.

34 Cpr. Rouen, 8 février 1842, Sir., 42, 2, 271.

35 Voy. art. 2180, n° 2. *Renuntiatio est strictissimæ interpretationis.*

36 Civ. rej., 2 mars 1830, Sir., 30, 1, 342.

37 Plusieurs auteurs enseignent que l'acte de main-levée produit, dès qu'il a été consenti et indépendamment de la radiation même, l'anéantissement de l'inscription, de telle sorte que le créancier ne pourrait révoquer la main-levée que pour cause de dol ou de fraude. Voy. en ce sens : Troplong, III, 738; Pont, n° 1105; Martou, III, 1215. Mais cette opinion nous paraît peu admissible. La main-levée, qui n'est qu'un consentement donné à la radiation, ne saurait équivaloir à une radiation effectuée.

38 Civ. rej., 1er décembre 1852, Sir., 54, 1, 93. Cpr. Bordeaux, 7 avril 1827, Sir., 28, 2, 88.

mais il serait primé par les créanciers qui auraient pris inscription dans l'intervalle de la main-levée à la notification de la révocation [39].

Quant à la main-levée donnée par le créancier au tiers acquéreur qui l'a désintéressé, elle ne profite, tant qu'elle n'a pas été suivie de radiation, qu'à ce dernier, et nullement aux autres créanciers, qui ne peuvent s'en prévaloir, ni contre l'acquéreur, ni même contre le créancier qui l'a consentie. Elle ne fait donc pas obstacle à ce que l'acquéreur, subrogé aux droits du créancier qu'il a payé, ou ce dernier lui-même, s'il a garanti l'effet du paiement, obtienne collocation à la date de l'inscription [40].

Lorsqu'une inscription a été rayée, soit par l'effet d'une erreur constatée plus tard, soit en vertu d'un acte de consentement qui depuis a été annulé ou même reconnu faux, soit enfin en exécution d'un jugement ultérieurement réformé ou cassé, elle ne revit pas de plein droit, et le créancier est réduit à en prendre une nouvelle.

L'inscription ainsi rétablie ne peut être opposée, ni aux créanciers qui se sont inscrits dans l'intervalle de sa radiation à son rétablissement, ni au tiers acquéreur, si elle n'a été rétablie qu'après la transcription de son titre [41].

Au contraire, elle reprend en général tout son effet à l'égard des créanciers et des tiers acquéreurs dont les titres avaient été inscrits ou transcrits dès avant la radiation [42]. Toutefois, elle ne peut

[39] Civ. cass., 4 janvier 1831, Sir., 31, 1, 126. Agen, 19 mai 1836, Sir., 36, 2, 404.

[40] En décidant le contraire, on violerait les art. 1165 et 2180. Civ. cass., 20 juin 1859, Sir., 59, 1, 853.

[41] Une inscription rayée n'existe plus pour le public ; on ne pourrait la faire revivre, au préjudice de tiers qui auraient acquis, depuis sa radiation, des droits sur l'immeuble qu'elle frappait, sans se mettre en opposition directe avec le principe de la publicité, et sans ébranler la base du régime hypothécaire. Arg, art. 2106, 2134 et 2166 cbn. 2198. Troplong, III, 746 *bis*. Duranton, XX. 203. Taulier, VII, 362. Demolombe, VIII, 143, *in fine*. Martou, III, 1224. Pont, n° 1107. Zachariæ, § 282, texte et note 14. Paris, 15 avril 1811, Sir., 11, 2, 472. Civ. rej., 26 janvier 1814, Sir., 14, 1, 179. Req. rej., 18 juin 1838, Sir., 38, 1, 1004. Req. rej., 9 décembre 1846, Sir., 47, 1, 827. Civ. rej., 13 avril 1863, Sir., 63, 1, 297. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2134, n° 6; Battur, IV, 690.

[42] Il serait contraire à toute justice de sacrifier l'intérêt du créancier dont l'inscription a été indûment rayée, pour améliorer la position de personnes dont les

être opposée, ni au créancier inscrit avant la radiation, lorsque, sur la foi de cette dernière, il s'est abstenu de faire inscrire une autre hypothèque qui eût primé l'inscription rayée[43], ni au tiers acquéreur dont le titre se trouvait déjà transcrit au moment de la radiation, si dans l'intervalle de celle-ci au rétablissement de l'inscription, il avait payé son prix au vendeur ou à d'autres créanciers.

§ 282.

De la réduction des inscriptions.

1° La réduction d'une inscription est sa radiation partielle, en ce qui concerne, soit les immeubles sur lesquels elle frappe, soit la somme pour laquelle elle a été prise.

Elle peut avoir lieu du consentement des parties intéressées, ou en vertu d'un jugement rendu contre elles à la demande du débiteur.

La capacité de consentir la réduction d'une inscription suppose, en général, la libre disposition de la créance pour sûreté de laquelle elle a été prise. Ceux qui ne sont investis que de l'administration de leur fortune, sans en avoir la disposition, et ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de l'administration de tout ou partie du patrimoine d'autrui, ne peuvent valablement consentir la réduction en ce qui concerne les immeubles grevés, encore que la créance pour sûreté de laquelle l'inscription a été prise, ait été partiellement acquittée[1]. Ils ne peuvent pas davantage la consentir

droits se trouvaient primés par l'effet de cette inscription. On peut d'ailleurs, quant à ces personnes, attacher à la nouvelle inscription un effet rétroactif, sans contrevenir au principe de la publicité, entendu selon son véritable esprit, puisqu'elles n'en conserveront pas moins intacts les droits qu'elles avaient acquis. *Melioris conditionis est, qui certat pro damno vitando, quam qui certat pro lucro captando.* Voy. les auteurs cités à la note précédente. Douai, 10 janvier 1812, Sir., 12, 2, 370. Paris, 12 juin 1815, Sir., 18, 2, 119. Voy. cep. Zachariæ, *loc. cit.*

[43] Rouen, 22 mars 1863, Sir., 64, 2, 45. Req. rej., 4 juillet 1864, Sir., 64, 1, 252.

[1] En effet, comme l'hypothèque est indivisible, et que chacun des immeubles hypothéqués se trouve affecté en entier, et dans chacune de ses parties, au paiement intégral de la créance, la réduction consentie, même après des paiements partiels plus ou moins importants, présente toujours, à la différence de la main-levée consentie à raison du paiement total de la créance, le caractère d'une renonciation spontanée et gratuite.

sous le rapport de la somme portée dans l'inscription[2], alors du moins qu'il n'a pas été fait de paiement d'à-compte.

Tout ce qui a été dit au paragraphe précédent, sur la forme des actes de main-levée, sur les pièces accessoires dont le conservateur, requis d'opérer une radiation volontairement consentie, peut exiger le dépôt, et sur les effets, soit de la main-levée, soit de la radiation, s'applique à la réduction volontaire[3].

La réduction peut être demandée en justice dans les deux cas suivants :

a. Lorsqu'une inscription générale frappe sur plus d'immeubles différents qu'il n'est nécessaire pour la sûreté de la créance. Art. 2161.

b. Lorsque l'évaluation faite par le créancier, en conformité des art. 2132 et 2148, n° 4, est excessive. Art. 2163 et 2164.

Au premier cas, la demande en réduction doit être portée devant le tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été prise. Dans le second, elle doit l'être devant le tribunal qui serait appelé à connaître de la liquidation de la créance. Art. 2161 cbn. 2159.

Les inscriptions générales, prises au profit de l'État, des communes et des établissements publics, sont tout aussi bien susceptibles de réduction, que les inscriptions requises, soit dans l'intérêt des femmes mariées, des mineurs et des interdits, soit en vertu de jugements[4].

[2] Cette proposition paraît incontestable, lorsque le montant de la créance se trouve déterminé par le titre. Mais devrait-on appliquer la même solution au cas où il s'agirait d'une réduction portant sur une évaluation faite en conformité des art. 2132 et 2148, n° 4? Nous le pensons, puisque la réduction de l'inscription, sous prétexte d'une évaluation exagérée, pourrait n'être qu'une renonciation déguisée à une partie des sûretés hypothécaires attachées à la créance.

[3] Voy. § 281, texte, notes 15 à 18, et 29 à 34. Merlin, *Rép.*, v° Radiation des hypothèques, § 12. Persil, sur l'art. 2161, n° 7. Zachariæ, § 275, texte et note 1re.

[4] Zachariæ, § 275, note 10. Cpr. Pont, n° 600. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2161, n° 5 ; Battur, IV, 700. D'après ces auteurs, les inscriptions prises sur les biens des comptables ne seraient pas réductibles ; mais leur opinion, contraire à la généralité de la disposition de l'art. 2161, se trouve formellement condamnée par l'art. 15 de la loi du 16 septembre 1807, qui charge la Cour des comptes de statuer sur les demandes en réduction de pareilles inscriptions.

Quant aux inscriptions ayant pour objet des hypothèques conventionnelles, le débiteur n'est pas, en général, admis à en demander la réduction[5]. Art. 2161, al. 2. Il en serait toutefois autrement, dans le cas prévu par l'art. 2130, si le créancier avait pris, à la suite d'acquisitions faites par le débiteur, des inscriptions successives, portant sur plus d'immeubles différents qu'il n'était nécessaire à la sûreté de sa créance[6].

D'un autre côté, la réduction d'une inscription relative à une hypothèque légale ou judiciaire, ne peut plus être demandée, lorsque, l'hypothèque ayant déjà été conventiellement restreinte à certains immeubles spécialement déterminés, l'inscription ne porte que sur ces immeubles[7].

La demande en réduction d'une inscription générale n'est admissible, qu'autant que les immeubles auxquels elle tend à faire restreindre l'hypothèque, présentent, toutes charges déduites, une valeur excédant de plus d'un tiers le montant de la créance en principal, intérêts et frais. Art. 2162.

L'estimation des immeubles hypothéqués, nécessaire pour l'appréciation des demandes de cette nature, doit, sans expertise préalable[8], être faite par le juge lui-même, d'après le mode indiqué en l'art. 2165, sauf à s'aider, s'il l'estime utile, de baux non

[5] Troplong, III, 749. Duranton, XX, 207. Pont, n° 603. Zachariæ, § 275, texte et note 4. Amiens, 24 mars 1824, Sir., 24, 2, 139. Grenoble, 3 janvier 1825, Sir., 26, 2, 144.

[6] En pareille circonstance, la demande en réduction trouverait sa justification dans l'intention même des parties, qui, en constituant et en acceptant une hypothèque sur des biens à venir, à raison de l'insuffisance des biens présents, ne sont censées avoir voulu le faire que dans la mesure nécessaire pour garantir pleinement la créance. *Discussion au Conseil d'État* sur l'art. 2161 (Locré, *Lég.*, t. XVI, p. 281, n° 14). Merlin, *Rép.*, v° Radiation des hypothèques, § 12. Battur, IV, 700. Grenier, I, 63. Zachariæ, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Troplong, III, 750 et 772 ; Duranton, *loc. cit.* ; Pont, n° 687.

[7] C'est ce qu'indiquent les termes de l'art. 2161, *sans limitation convenue*. Cpr. art. 2140 et 2141 cbn. 2143 et 2144. Merlin, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 3, n° 22. Pont, n° 603. Zachariæ, § 275, texte, notes 6 et 16. Riom, 3 mai 1830, Sir., 33, 2, 23. Voy. cep. Persil, sur l'art. 2143, n° 2.

[8] L'art. 2165 exclut, en cette matière, la mesure préalable de l'expertise, comme étant trop dispendieuse, et peut-être aussi comme pouvant conduire à attribuer aux immeubles une valeur trop élevée. Merlin, *Rép.*, v° Radiation d'hypothèques, § 18. Troplong, III, 744. Pont, n° 605. Zachariæ, § 275, texte et note 7. Lyon, 10 mai 1853, Sir., 54, 2, 605.

suspects, de procès-verbaux d'estimation dressés précédemment à des époques rapprochées, ou d'autres actes semblables, pour fixer le revenu des immeubles au taux moyen résultant de la combinaison de ces divers documents. Art. 2165.

La réduction d'une inscription générale, à un ou à plusieurs immeubles spécialement déterminés, s'opère par le moyen de la radiation de cette inscription, et tant qu'elle porte sur le surplus des biens présents du débiteur et sur ses biens à venir. Quant à la réduction d'une inscription sous le rapport de la somme pour laquelle elle a été prise, elle s'effectue au moyen de la mention en marge de l'inscription, de l'acte ou du jugement en vertu duquel elle est requise.

2° Outre ces règles générales, la loi contient sur la restriction, pendant le mariage ou la tutelle, de l'hypothèque légale des femmes mariées, des mineurs, ou des interdits, les dispositions suivantes :

Le tuteur peut, lorsque la valeur de ses immeubles dépasse notoirement les sûretés nécessaires au pupille, demander la restriction de l'hypothèque légale à un ou à plusieurs immeubles déterminés, suffisants pour garantir pleinement les intérêts de ce dernier. Cette demande, qui se dirige contre le subrogé-tuteur, doit être précédée d'un avis du conseil de famille, et jugée en la forme contentieuse[9], sur les conclusions du ministère public, qui n'intervient cependant que comme partie jointe, et serait, par conséquent, sans qualité pour émettre appel du jugement qui aurait prononcé la réduction[10].

Le mari est, dans les circonstances analogues, autorisé à demander la restriction de l'hypothèque légale de la femme. Toutefois, cette demande ne peut être formée que du consentement de

[9] Troplong, II, 638 et 644. Pont, n° 563. Zachariæ, § 275, texte et note 12. Bourges, 1er février 1831, Sir., 31, 2, 253. Civ. cass., 3 juin 1834, Sir., 34, 1, 434. Paris, 11 juin 1834, Sir., 34, 2, 386. Voy. cep. Rodière, *Revue de législation*, 1835, I, p. 148.

[10] Si l'art. 2145 dit que les jugements sur les demandes des maris et *des tuteurs* ne seront rendus qu'après avoir entendu le procureur impérial, et *contradictoirement avec lui*, cette dernière partie de sa disposition ne peut s'appliquer à la demande en réduction formée par un tuteur, puisqu'il a pour contradicteur le subrogé-tuteur, contre lequel l'action doit être intentée : la cause est, dans ce cas, simplement communicable au ministère public, conformément à l'art. 83 du Code de procédure. Zachariæ, § 275, note 13. Cpr. texte et note 14 *infra*. Voy. cep. Troplong, II, 644; Pont, nos 563 et 565.

celle-ci[11], et doit être préalablement soumise à l'avis de ses quatre plus proches parents[12], réunis en assemblée de famille[13]. Elle se juge contradictoirement avec le procureur impérial, qui, figurant dans l'instance comme partie principale, a qualité pour interjeter appel du jugement par lequel la réduction aurait été ordonnée[14]. Art. 2144 et 2145.

La femme mariée sous le régime dotal peut, aussi bien que la femme mariée sous tout autre régime, donner son consentement à la réduction judiciaire de son hypothèque légale[15].

Mais, pour consentir valablement à la demande en réduction, la

[11] Tarrible, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 3, n° 22. Grenier, I, 270. Persil, sur l'art. 2144, n° 2. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Réduction des hypothèques, n° 40. Martou, III, 942. Troplong, III, 641. Pont, n° 559. Zachariæ, § 275, texte et note 14. Req. rej., 9 décembre 1824, Sir., 25 1, 213. Rouen, 3 février 1834, Sir., 34, 2, 584. Rouen, 27 avril 1844, Sir., 44, 2, 315. Paris, 1er avril 1848, Sir., 48, 2, 224. Paris, 31 mai 1851, Sir., 51, 2, 357. Limoges, 9 mars 1859, Sir., 59, 2, 449. Civ. rej., 23 juin 1868, Sir., 68, 1, 393. Cpr. Caen, 26 décembre 1867, Sir., 68, 2, 171. Voy en sens contraire: Duranton, XX, 208; Taulier, VII, p. 321; Paris, 16 juillet 1813, Sir., 14, 2, 33; Paris, 25 avril 1823, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2, 201; Nancy, 26 août 1825, Sir., 26, 2, 149; Cour de la réunion, 11 mai 1861, Sir., 61, 2, 468.

[12] Le tribunal n'est pas plus lié par cet avis, qu'il ne l'est, dans le cas de l'art. 2143, par l'avis du conseil de famille. Merlin, *op. et v° citi.*, § 3, n° 23. Persil, sur l'art. 2143, n° 3. Troplong, III, 642 *bis*. Pont, n° 564. Xachariæ, § 275, note 15, *in fine*.

[13] Ces termes indiquent que, sauf la différence du nombre de membres dont elle se compose, les règles tracées par les art. 407 et suiv. s'appliquent à cette assemblée de famille. Il en résulte, par exemple, que les mots *des quatre plus proches parents* doivent s'entendre, non pas d'une manière absolue, mais des parents domiciliés à une distance, telle que la réunion de l'assemblée puisse avoir lieu sans trop de difficultés. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XVI, p. 273, n° 30). Maleville, sur l'art. 2144. Persil, sur l'art. 2144, n° 6. Zachariæ, § 275, note 15, *in principio*. Grenoble, 18 janvier 1833, Sir., 33, 2, 457. Cpr. cep. Pont, n° 561. On doit également en conclure qu'à défaut de parents, l'assemblée pourrait se composer d'alliés ou d'amis de la femme.

[14] Troplong, II, 644. Pont, n° 565. Civ. cass., 3 décembre 1844, Sir., 45, 1, 14. Grenoble, 7 août 1849, Sir., 50, 2, 398. Voy. en sens contraire: Grenoble, 18 janvier 1833, Sir., 33, 2, 457; Rouen, 16 août 1843, Sir., 44, 2, 76.

[15] Troplong, II, 640. Zachariæ, § 275, note 14. Req. rej., 20 avril 1826, Sir., 26, 1, 439. Montpellier, 17 décembre 1851, Sir., 52, 2, 664.

femme doit être majeure[16]. Lorsque, par suite d'interdiction, la femme se trouve dans l'impossibilité d'exprimer son consentement, elle peut être représentée à cet effet par son subrogé-tuteur[17].

Il est bien entendu que si la femme n'avait consenti la réduction que sous certaines conditions, elle ne devrait être prononcée que dans les termes de ces conditions, et ne deviendrait efficace que moyennant leur accomplissement[18].

Toute restriction de l'hypothèque légale consentie, même par une femme séparée de biens, dans l'intérêt seul de son mari, reste sans effet, lorsqu'elle n'a pas eu lieu conformément aux art. 2144 et 2145[19]. Mais les formalités prescrites par ces articles ne s'appliquent pas à la renonciation que la femme ferait à son hypothèque en faveur d'un créancier du mari ou d'un acquéreur de ses biens[20].

3° La réduction qui porte sur les immeubles grevés, a pour effet d'affranchir par elle-même les biens qu'elle doit soustraire à l'hypothèque, sauf toutefois les droits acquis à des tiers, que la femme aurait précédemment subrogés à son hypothèque légale. Cet effet subsisterait, au profit des tiers, acquéreurs ou créanciers, non-seulement dans le cas où, par des événements imprévus, les immeubles auxquels l'hypothèque a été restreinte, se trouveraient insuffisants

16 Arg. art. 2140. Tarrible, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 3, n° 22. Duranton, XX, 67. Pont, n° 558. Zachariæ, *loc. cit.* Voy. cep. Persil, sur l'art. 2144, n° 4.

17 Cette proposition n'est point en contradiction avec la précédente. En cas de minorité, l'obstacle n'est que temporaire, et le mari a dû savoir qu'il ne pourrait, avant la majorité de la femme, obtenir la réduction de l'hypothèque. Au cas d'interdiction, l'obstacle peut se perpétuer pendant toute la durée du mariage, et le mari ne doit pas être indéfiniment privé d'une faculté qui lui est accordée par la loi, d'autant moins que ce résultat pourrait être contraire aux véritables intérêts de la famille. Cpr. Caen, 7 février 1863, Sir., 63, 2, 122. Cet arrêt, qui admet en principe la possibilité de la rédution de l'hypothèque légale dans l'hypothèse prévue au texte, décide même que l'avis conforme du conseil de famille suffit, sans qu'il soit besoin du consentement du subrogé-tuteur. Mais nous ne pensons pas qu'on doive aller jusque-là : ce serait faire abstraction complète de la condition, cependant essentielle, du consentement de la femme.

18 Civ. cass., 2 juin 1862, Sir., 62, 1, 661. Agen, 18 mars 1863, Sir., 63, 2, 116.

19 Civ. cass., 26 avril 1864, Sir., 64, 1, 396. Montpellier, 10 décembre 1864, Sir., 65, 2, 143. Cpr. cep. Nîmes, 5 août 1862, Sir., 62, 1, 401.

20 Cpr. 264 *ter*, textes n° 7, notes 81 et 82.

pour garantir les droits du créancier[21], mais même dans celui où ces immeubles viendraient plus tard à périr, ainsi que dans celui où le débiteur hypothécaire en serait évincé[22], et sans qu'il y eût d'ailleurs de distinction à faire entre les acquéreurs ou créanciers postérieurs à la réduction, et ceux dont les droits existaient déjà à la date de cette dernière[23].

Mais les effets de la réduction ne sont pas irrévocables. Le créancier peut, si les immeubles auxquels l'hypothèque a été restreinte deviennent, par un événement quelconque, insuffisants pour opérer une pleine garantie en sa faveur, exiger un supplément d'hypothèque[24]. Il peut, d'un autre côté, prendre une inscription supplémentaire, lorsque la somme à laquelle son inscription primitive a été réduite, est inférieure au montant réel de sa créance. Art. 2164. Seulement le créancier n'aura de rang, pour le supplément d'hypothèque ou l'augmentation d'évaluation, qu'à la date de sa nouvelle inscription[25].

Du reste, l'hypothèque restreinte, de quelque manière que ce soit, continue à jouir de toutes les prérogatives qui y étaient attachées avant la réduction. C'est ainsi que l'hypothèque légale du mineur ou de la femme mariée reste, après sa réduction à certains

[21] C'est ainsi que l'effet de la réduction de l'hypothèque légale d'une femme mariée resterait acquis aux tiers, alors même que, par suite de la découverte d'une reprise qui n'était pas indiquée, et que la femme ne connaissait pas, la valeur des immeubles auxquels l'hypothèque a été restreinte, se trouverait insuffisante pour le paiement de ses droits. Limoges, 9 mars 1850. Sir., 53, 2, 300. Voy. dans le même sens : Req. rej., 6 décembre 1860, Sir., 61, 1, 25.

[22] Montpellier, 17 décembre 1851, Sir., 52, 2, 664.

[23] L'hypothèse dont il est actuellement question, diffère essentiellement de celle où la réduction a été opérée en vertu d'un acte ou d'un jugement ultérieurement annulé ou cassé. Cpr. texte *in fine* ; § 281, texte n° 5, *in fine*, notes 41 à 43. Ici, en effet, l'acte de consentement à la réduction ou le jugement qui l'a ordonnée, n'est ni annulé ni rapporté ; et les effets de la réduction doivent dès lors rester acquis au tiers dont elle a amélioré la position. Montpellier, 17 décembre 1851, Sir., 52. 2, 664.

[24] La femme dont l'hypothèque a été réduite, pourrait même demander le rétablissement pour l'avenir de son droit primitif d'hypothèque générale, si cela devenait nécessaire pour la complète garantie de ses droits. Grenier, I, 269. Duranton, XX, 59. Pont, n° 708. Rouen, 6 juillet 1840, Sir., 40, 2, 537. Paris, 10 février 1857, Sir., 57, 2, 124.

[25] Persil, sur l'art. 2132, n° 8. Zachariæ, § 275, texte et note 18.

immeubles déterminés, efficace à l'égard des tiers, indépendamment de toute inscription sur ces immeubles[26].

Les explications données, à la fin du paragraphe précédent, sur les conséquences d'une radiation opérée, soit par erreur, soit en vertu d'un acte ou d'un jugement ultérieurement annulé ou cassé, s'appliquent également à la réduction effectuée dans des circonstances analogues[27].

CHAPITRE V.

Des effets des priviléges sur les immeubles[1], et des hypothèques, abstraction faite du rang des créanciers entre eux.

§ 283.

Généralités.

Les effets que produisent les priviléges sur les immeubles étant en général, et sauf ce qui concerne le rang des créanciers entre eux, les mêmes que ceux des hypothèques, nous en traiterons simultanément, en employant le mot *hypothèque* pour désigner, et l'hypothèque simple ou proprement dite, et les priviléges sur les immeubles.

Les propositions suivantes résument les effets généraux du droit d'hypothèque :

1° Comme droit réel sur des immeubles affectés au paiement d'une créance, l'hypothèque assure au créancier le double avantage, d'être préféré sur le prix des immeubles grevés, tant aux créanciers chirographaires, qu'aux créanciers hypothécaires postérieurs (*droit de préférence*), et de pouvoir suivre ces immeubles en quelques mains qu'ils passent, pour les faire vendre et se faire payer sur le prix (*droit de suite*). Art. 2114.

L'efficacité du droit de préférence à l'égard des autres créanciers, étant en général subordonnée, comme celle du droit de suite à l'encontre des tiers détenteurs, à la condition commune d'une ins-

26 Merlin, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 3, n° 23. Troplong, II, 644 *bis*. Zachariæ, § 275, texte et note 20.

27 Cpr. § 264 *bis*, texte *in fine*, notes 31 et 32 ; Douai, 22 avril 1857, Sir., 57, 2, 746.

1 Quant aux effets des priviléges sur les meubles, voy. § 256.

cription prise et renouvelée en temps utile, il en résulte que la perte du dernier de ces droits, par suite de l'expiration du délai dans lequel l'inscription peut être utilement requise, entraîne aussi en général la perte du premier.

Néanmoins, comme le droit de préférence se comprend indépendamment de tout droit de suite, il peut et doit survivre à l'extinction de ce dernier, toutes les fois qu'il est réclamé en vertu de priviléges ou d'hypothèques qui, dispensés en principe de la nécessité de l'inscription, ne se sont exceptionnellement trouvés soumis à cette formalité que dans l'intérêt d'un tiers acquéreur. C'est ce qui a lieu pour les priviléges énumérés en l'art. 2101, et pour les hypothèques légales des mineurs, des interdits, et des femmes mariées, lorsque l'inscription à laquelle est subordonnée la conservation du droit de suite, dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, d'adjudication sur saisie immobilière, ou de vente volontaire suivie des formalités prescrites par l'art. 2194, n'a pas été prise en temps utile[2].

Par une raison analogue, le droit de préférence du copartageant survit à l'extinction du droit de suite, lorsque l'inscription, quoique ne pouvant plus être requise d'une manière efficace pour la conservation du dernier de ces droits, a été prise dans le délai préfix de soixante jours, imparti par l'art. 2109[3].

D'un autre côté, l'art. 2198, tout en prononçant, dans l'hypothèse qu'il prévoit, l'extinction du droit de suite en faveur des tiers acquéreurs, maintient le droit de préférence au profit du créancier.

Du reste, il ne faut pas confondre les cas où le droit de suite se trouve éteint en réalité, et où, par conséquent, l'acquéreur e peut plus être poursuivi comme tiers détenteur, avec ceux où le droit de suite sur l'immeuble se trouve simplement transformé en un droit sur le prix[4].

Le droit de préférence qui, dans l'une ou l'autre des circonstances précédemment indiquées, aurait survécu au droit de suite, se trouve lui-même éteint, dès que l'acquéreur a payé son prix au

[2] Cpr. loi du 3 mai 1841, art. 17; Code de procédure, art. 717, al. 7, et art. 838, al. 8; § 269, texte n° 1, notes 4 et 5, texte n° 2 et notes 17 à 30.

[3] Cpr. 278, texte n° 3 et note 28.

[4] Cpr. § 293 *bis*, texte n°s 1 et 2.

débiteur hypothécaire, ou que celui-ci l'a, soit cédé à un tiers, soit délégué à d'autres créanciers[5].

Dans le cas, au contraire, ou le prix est encore dû au débiteur hypothécaire, le créancier peut, en vertu du droit de préférence, se faire colloquer au rang de son hypothèque, à la condition de produire avant l'expiration du délai de quarante jours, fixé par l'art. 754 du Code de procédure, s'il a été ouvert un ordre judiciaire[6], ou de faire valoir ses droits avant la clôture de l'ordre, lorsqu'il se règle à l'amiable, conformément aux art. 751 et 752 du même Code.

Toutefois, en cas d'aliénation volontaire, ce droit n'appartient à la femme mariée, au mineur, ou à l'interdit, déchus du droit de suite faute d'inscription prise dans le délai de deux mois fixé par l'art. 2195, qu'autant qu'un ordre a été ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration de ce délai. Code de procédure, art. 772, al. 5[7]. Il est, du reste, bien entendu que les créanciers à hypo-

[5] Art. 2198 et argument de cet article. Grenoble, 8 février 1842, Sir., 42, 2, 162. — Le créancier déchu du droit de suite ne pourrait empêcher l'effet de la cession ou de la délégation du prix par le débiteur hypothécaire, qu'au moyen d'une saisie-arrêt interposée, entre les mains de l'acquéreur, avant la significations de la cession ou l'acceptation de la délégation.

[6] C'est, en effet, ce qui résulte de l'art. 755 du Code de procédure, dont la disposition toute nouvelle, introduite par la loi du 21 mai 1858, déclare déchu de plein droit tout créancier qui n'aurait pas produit dans le délai de quarante jours. En présence de cette disposition, il ne paraît plus possible de s'arrêter, ni à l'art. 2198, ni à l'art. 17 de la loi du 2 mai 1841, d'après lesquels le créancier déchu du droit de suite pouvait exercer le droit de préférence, tant que l'ordre *n'avait pas été homologué ou définitivement réglé*. Le dernier alinéa de l'art. 717 du Code de procédure, qui statue sur la question en ce qui concerne les créanciers à hypothèque légale, ne doit pas être considéré comme une disposition spéciale à ces créanciers, mais comme une application de la règle générale posée par l'art. 755 du même Code.

[7] Cette disposition exceptionnelle ne doit pas être étendue au cas d'expropriation forcée. Si, pour celui d'aliénation volontaire, dans lequel l'ordre n'est souvent provoqué que très-longtemps après la purge, il a paru nécessaire de restreindre l'exercice du droit de préférence survivant au droit de suite, les mêmes considérations ne se présentaient pas pour l'expropriation forcée, qui d'ordinaire est suivie de très-près de l'ouverture d'un ordre. Aussi l'art. 717 du Code de procédure, spécial à cette dernière hypothèse, ne soumet-il l'exercice du droit de préférence qu'à la seule condition d'une production faite dans le délai de quarante jours fixé par l'art. 754. Voy. cep. Pont, n° 1422. Le rapport de M. Riché, sur lequel cet auteur fonde son opinion, est loin d'être aussi décisif qu'il le suppose. Voy. Sirey, Lois annotées, 1858, p. 56, n° 9 *bis*.

thèque légale sont eux-mêmes autorisés, pour éviter la perte de leur droit de préférence, à provoquer, suivant les circonstances, soit un ordre proprement dit, soit un règlement judiciaire. Que si, en l'absence de tous créanciers inscrits, il n'y avait lieu, ni à un ordre, ni à un règlement judiciaire, le droit de préférence des créanciers à hypothèque légale continuerait de subsister, tant que le prix restant dû au vendeur, les choses se trouveraient entières [8].

Le droit de préférence porte sur la totalité de la valeur de l'immeuble hypothéqué, et par conséquent sur la portion du prix de vente qui n'aurait pas été déclarée au contrat [9]. Mais il ne s'étend, ni à l'indemnité due par une compagnie d'assurances à raison d'un sinistre qui a frappé cet immeuble [10], ni à la somme que l'adjudicataire de l'immeuble hypothéqué a été condamné à payer au débiteur hypothécaire, à titre de dommages-intérêts, pour avoir, par des manœuvres frauduleuses, écarté les enchérisseurs [11]. Cette indemnité et ces dommages-intérêts constituent des valeurs mobilières, qui se répartissent au marc le franc entre tous les créanciers.

Le créancier dont l'hypothèque porte sur l'usufruit d'un immeuble, est fondé, en cas de vente pour un seul et même prix de l'usufruit et de la nue-propriété, à exiger la ventilation du prix, et l'emploi au paiement de sa créance, de la valeur en capital attri-

[8] Grosse et Rameau, *Commentaire de la loi du 21 mai 1858*, I, 110 et 116. Seligmann, *Des saisies immobilières*, nos 104 et suiv. Chauveau, *Code de la saisie immobilière*, n° 2613. — Il a été jugé (Rouen, 15 avril 1861, Sir., 61, 2, 337), et avec raison selon nous, que, malgré le versement entre les mains du syndic du prix d'un immeuble vendu par suite de faillite, la femme du failli peut encore, quoique déchue du droit de suite, exercer son droit de préférence sur ce prix.

[9] Poitiers, 24 juin 1831, Sir., 31, 2, 295. Bordeaux, 28 mai 1832, Sir., 32, 2, 626. Paris, 6 février 1836, Sir., 36, 2, 258.

[10] En effet, cette indemnité n'est pas *le prix* de l'immeuble, et ne le représente pas ; elle est le produit d'une convention aléatoire, conclue entre le propriétaire et la compagnie d'assurances. Troplong, IV, 890. Duranton, XX, 328. Zachariæ, § 283, texte et note 2. Civ. cass., 28 juin 1831, Sir., 31, 1, 291. Grenoble, 27 février 1834, Sir., 34, 2, 367. Voy. en sens contraire : Colmar, 25 août 1826, Sir., 28, 2, 17. — Il est bien entendu que le débiteur hypothécaire peut céder par anticipation au créancier, le montant de l'indemnité éventuelle qui lui sera due en cas de sinistre. Cpr. § 359, texte et note 2.

[11] On ne peut pas dire que cette somme constitue une partie du prix et représente pour autant l'immeuble. Civ. rej., 22 août 1842, Sir., 42, 1, 820.

buée à l'usufruit au moyen de cette ventilation. Son droit ne se borne pas à réclamer collocation sur les intérêts du prix total de la vente[12].

Réciproquement, les créanciers ayant hypothèque sur la nue-propriété d'un immeuble, sont autorisés à provoquer, dans l'hypothèse qui vient d'être indiquée, la ventilation du prix, et à réclamer collocation immédiate sur la portion afférente à la nue-propriété, malgré l'opposition de l'usufruitier qui déclarerait vouloir exercer son usufruit sur la totalité du prix[13].

2° L'objet de l'hypothèque étant d'assurer au créancier le recouvrement de sa créance, elle l'autorise bien à poursuivre la vente des immeubles grevés, pour obtenir sur le prix le paiement de ce qui lui est dû; mais elle ne lui confère pas le droit de se les approprier à défaut de paiement.

Le créancier, premier en rang, ne pourrait pas s'opposer à l'expropriation de ces immeubles par d'autres créanciers, sous le prétexte que ceux-ci ne viendraient pas en rang utile dans l'ordre, et que la poursuite serait frustratoire[14].

3° L'hypothèque forme un accessoire de la créance pour sûreté de laquelle elle est établie[15].

Il en résulte qu'elle passe de plein droit, avec cette créance, à tout successeur universel ou particulier du créancier, et que les créanciers de celui-peuvent toujours l'exercer de son chef.

On doit également en conclure que l'hypothèque ne peut, en principe, faire l'objet d'une cession séparée, pour être attachée ou transférée à une autre créance. Cette proposition et les modifications que notre législation y a apportées, seront développées aux §§ 288 et 288 *bis*.

4° L'hypothèque est indivisible. Art. 2114, al. 2. Les effets de cette indivisibilité, qui s'applique à la créance garantie par l'hypothèque, aussi bien qu'aux immeubles sur lesquels elle frappe, seront expliqués aux §§ 284 et 285.

[12] Paris, 2 février 1832, Sir., 32, 2, 301. Paris, 20 mai 1832, Sir., 36, 1, 366. Cpr. § 254, texte, lett. C, notes 43 et 44.

[13] Civ. cass., 24 novembre 1858, Sir., 59, 1, 129. Cpr. Douai, 23 décembre 1861, Sir., 62, 2, 170; Lyon, 7 novembre 1863, Sir., 64, 2, 276.

[14] Troplong, III, 795. Cpr. § 287, texte n° 2 et notes 27 à 30.

[15] Persil, sur l'art. 2114, n° 2. Zachariæ, § 285, texte et note 12.

§ 284.

Des effets de l'hypothèque, quant à l'immeuble qui en est grevé.

1° L'hypothèque s'étend de plein droit, non-seulement à tout ce qui est immeuble par adhérence au sol, mais encore aux accessoires mobiliers, réputés immeubles par destination, ainsi qu'aux accessions que l'immeuble hypothéqué a pu recevoir par suite d'événements de la nature. Elle s'étend même aux améliorations provenant du fait du propriétaire de cet immeuble. Art. 2133.

Sous le terme *améliorations*, on doit ici comprendre les constructions nouvelles élevées sur un terrain nu[1]. Mais les acquisitions faites par le propriétaire d'un domaine avec l'intention de les y réunir, ne constituent pas des améliorations dans le sens de l'art. 2133[2].

Il importe peu, quant aux immeubles par destination, que les objets réputés tels aient déjà existé en cet état au moment de l'établissement de l'hypothèque, ou que le propriétaire de l'immeuble hypothéqué ne les y ait attachés que plus tard[3]. On doit en conclure que le vendeur d'objets mobiliers, par exemple de machines incorporées par l'acheteur à l'immeuble hypothéqué, ne peut exercer, ni l'action résolutoire, ni le privilége établi par le n° 4 de l'art. 2102, au détriment des créanciers hypothécaires de ce dernier, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à la vente[4].

[1] Grenier, I, 147. Troplong, II, 551. Duranton, XIX, 258. Martou, II, 732. Pont, n° 410. Zachariæ, § 284, note 2. Paris, 18 janvier 1837, Dalloz, 1838, 2, 189. Rennes, 26 novembre 1851, Pal., 1852, 2, 75. Rennes, 16 février 1866, Sir., 67, 2, 45.

[2] Persil, sur l'art. 2133, n° 6. Grenier, I, 148. Troplong, II, 552. Pont, n° 411. Zachariæ, *loc. cit.*

[3] Les termes de l'art. 2133, *toutes les améliorations survenues*, comprennent évidemment, d'après l'esprit de la loi, les objets mobiliers que, depuis l'établissement de l'hypothèque, le propriétaire du fonds grevé y a attachés pour la culture ou à perpétuelle demeure. Zachariæ, § 258, note 10, et § 284, *loc. cit.* Rouen, 17 avril 1825, Sir., 30, 2, 221. Req. rej., 11 avril 1833, Dalloz, 1833, 1, 187.

[4] *Nec obstat* art. 593 du Code de proc. De ce que le vendeur d'objets mobiliers est autorisé, en ce qui concerne l'acheteur et ses créanciers simplement chirographaires, à les frapper de saisie, pour se faire payer par privilége sur le prix, alors même que, par leur incorporation à un immeuble, ils ont revêtu un caractère immobilier, il n'en résulte pas qu'il puisse exercer ce droit au détri-

Le principe que l'hypothèque s'étend indistinctement à tous les objets mobiliers réputés immeubles par destination, ne doit s'appliquer, en ce qui concerne les priviléges du vendeur et du copartageant, qu'à ceux de ces objets qui ont été attachés, à perpétuelle demeure, à l'immeuble grevé, et non à ceux qui ont été simplement placés dans cet immeuble pour son service et son exploitation. C'est ainsi que le privilége du vendeur d'un domaine ne s'étend pas au cheptel que l'acquéreur de ce domaine a fourni au fermier qui l'exploite[5]. Il semble même que le privilége du vendeur et du copartageant ne doive pas s'étendre à des constructions entièrement nouvelles, élevées sur un terrain non encore surbâti à l'époque de la vente, du partage, ou de la licitation[6].

La vente d'objets adhérents au sol et revêtant, à raison de cette adhérence, le caractère d'immeubles par nature, ou celle d'objets mobiliers réputés immeubles par destination, n'a pas pour effet, quoique faite en vue de leur séparation, d'anéantir les droits des créanciers hypothécaires, sur ces objets eux-mêmes ou sur le prix qui peut en être dû.

Il en est autrement des fruits, et notamment des coupes de taillis, ou de futaies soumises à un aménagement régulier, lorsque

ment des créanciers ayant hypothèque sur cet immeuble. Le droit de préférence dont ces derniers jouissent, aux termes de l'art. 2133, sur les accessoires immobiliers du fonds qui leur est hypothéqué, étant réel, doit primer le privilége simplement personnel du vendeur. Civ. rej., 22 janvier 1833, Sir., 33, 1, 446. Civ. rej., 9 décembre 1835, Sir., 36, 1, 177. Paris, 6 avril 1836, Sir., 36, 2, 347. Req. rej., 18 mars 1840, Sir., 40, 1, 412. Req. rej., 9 juin 1847, Dalloz, 1847, 1, 248. Cour sup. de Bruxelles, 16 février 1848, Sir., 48, 2, 61. Rennes, 31 août 1864, Sir., 65, 2, 111. Voy. cep. en sens contraire : Carette, *Observations*, Sir., 36, 1, 181 ; Zachariæ, § 170, texte et note 37; Paris, 10 juillet 1833, Sir., 33, 2, 472 ; Dijon, 16 août 1842, Sir., 46, 2, 148.

[5] Poitiers, 22 mars 1848, Sir., 50, 2, 636. On ne saurait, sans dépasser la cause sur laquelle repose le privilége du vendeur ou du copartageant, l'étendre à des objets qui ne se trouvent pas matériellement unis à l'immeuble vendu, partagé, ou licité, et qui n'en forment des accessoires immobiliers que par suite d'une fiction juridique. Voy. cep. Req. rej., 15 juillet 1867, Sir., 68, 1, 9.

[6] Ce serait encore dépasser la cause du privilége, que de le faire porter sur des constructions nouvelles, qui, quoique matériellement unies au terrain vendu, partagé, ou licité, n'en constituent pas moins des immeubles distincts de ce terrain, au point de vue du fondement sur lequel repose le privilége du vendeur ou du copartageant. Cpr. Pont, n° 197; Paris, 6 mars 1834, Sir., 34, 2, 308; Lyon, 26 janvier 1835, Dalloz, 1836, 2, 163.

le terme normal de la coupe est arrivé. La vente séparée qui en serait faite, les soustrairait, par elle-même, aux droits des créanciers hypothécaires, à supposer que cette vente fût antérieure à l'époque de leur immobilisation.

Ces propositions seront développées au § 286.

2° L'hypothèque ne confère au créancier aucun droit de préférence sur les fruits naturels ou civils de l'immeuble hypothéqué, si ce n'est à partir de leur immobilisation. Jusque-là, le produit des fruits constitue une valeur mobilière, qui se répartit, entre tous les créanciers indistinctement, au marc le franc de leurs créances.

Ce principe s'applique même à l'hypothèque portant sur un usufruit immobilier, en ce sens qu'elle n'affecte que le droit de jouissance considéré en soi, et non les fruits de l'immeuble qui s'y trouve soumis [7].

En cas d'expropriation forcée, les fruits et revenus de l'immeuble hypothéqué sont immobilisés à partir de la transcription du procès-verbal de saisie [8]. Pour empêcher que le débiteur ne les perçoive ou n'en dispose, les créanciers hypothécaires peuvent, si l'immeuble n'est pas loué, provoquer la nomination d'un séquestre, ou se faire autoriser à procéder à la coupe et à la vente des fruits pendants par branches ou par racines, et si l'immeuble est loué, arrêter les loyers ou fermages, à l'aide d'un simple acte d'opposition signifié au locataire ou fermier [9]. A défaut d'un pareil acte, le locataire ou fermier pourrait, au moyen d'un paiement effectif, fait entre les mains du saisi, se libérer valablement des loyers ou fermages échus depuis la transcription de la saisie. Mais, en l'absence même de tout acte d'opposition, il ne serait pas admis à se libérer de ses loyers ou fermages par voie de compensation [10].

[7] Proudhon, *De l'usufruit*, I, 27. Troplong, II, 400. Voy. en sens contraire : Turin, 24 avril 1810, Sir., 11, 2, 319.

[8] Art. 682 du Code de proc.

[9] Voy. art. 681 et 685 du Code de proc.

[10] Par l'effet seul de la transcription de la saisie, les créanciers hypothécaires ont acquis sur les loyers et fermages de l'immeuble saisi, un droit de préférence, au préjudice duquel aucune compensation ne peut s'opérer. Art. 1298. Colmar, 11 décembre 1861, Sir., 62, 2, 158. Civ. rej., 27 janvier 1864, Sir., 64, 1, 358.

En cas d'aliénation volontaire, les fruits de l'immeuble hypothéqué sont immobilisés à partir, soit de la sommation faite au tiers détenteur de payer ou de délaisser, soit des notifications à fins de purge, adressées par ce dernier aux créanciers[11]. Comme conséquence de l'immobilisation, et pour tenir lieu des fruits qu'il continuera de percevoir, le tiers détenteur devient, à partir de l'époque où elle s'est réalisée, débiteur personnel et direct, envers les créanciers hypothécaires, des intérêts du prix de l'immeuble par lui acquis, à moins qu'il n'ait été dispensé du paiement de ces intérêts durant un délai préfix, auquel cas il n'en devient comptable qu'à l'expiration de ce délai[12].

Du reste, l'immobilisation n'a d'effet qu'à l'égard des fruits, naturels ou civils, qui se trouvent encore, au moment où elle se produit, soumis à l'affectation hypothécaire[13]. D'un autre côté, elle ne prive pas le locataire ou fermier du droit de retenir, sur les loyers ou fermages, le montant des indemnités qui peuvent lui être dues par le bailleur, pour défaut d'accomplissement de ses obligations[14].

Le produit des fruits ou revenus immobilisés se distribue, avec le prix de l'immeuble même, entre les créanciers hypothécaires, d'après l'ordre de leurs hypothèques[15].

3° L'hypothèque frappe, pour la totalité et pour chaque fraction de la créance[16], sur tous les immeubles grevés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Art. 2114, al. 2. De ce caractère d'indivisibilité découlent les conséquences suivantes :

a. Par exception au principe de la division des dettes entre les héritiers du débiteur, celui des héritiers qui se trouve être déten-

[11] Art. 2176 et arg. de cet article.

[12] La question de savoir à partir de quelle époque le tiers détenteur, qui a rempli les formalités de la purge, doit aux créanciers hypothécaires les intérêts du prix de l'immeuble par lui acquis, comme représentatifs des fruits immobilisés à leur profit, est cependant controversée. Il en est de même de celle de savoir si la clause par laquelle l'acquéreur a été dispensé de payer les intérêts est ou non opposable aux créanciers hypothécaires. Voy. sur ces deux points : § 294, texte n° 1, *in fine*, notes 42 et 43.

[13] Voy. sur les cessions anticipées de loyers ou de fermages, et sur les ventes anticipées de fruits naturels : § 286.

[14] Req. rej., 8 avril 1863, Sir., 63, 1, 372.

[15] Voy. art. 682 et 685 du Code de proc.

[16] Civ. cass., 6 mai 1818, Sir., 18, 1, 292.

teur des immeubles hypothéqués ou de l'un d'eux, peut être poursuivi pour le tout sur ces immeubles[17].

b. Le débiteur qui a acquitté une partie de la dette, ne peut, quand il s'agit d'une hypothèque spéciale, en demander la restriction proportionnelle à une partie des immeubles grevés[18].

c. Le créancier ayant une hypothèque générale, ou une hypothèque spéciale assise sur plusieurs immeubles, peut demander à être colloqué sur le prix de tous les immeubles affectés à sa créance, et s'opposer, jusqu'au paiement intégral du montant de sa collocation, à toute délivrance de bordereaux à des créanciers postérieurs, à moins que ceux-ci ne fournissent caution de lui rapporter le montant de leurs collocations, dans le cas où il ne serait pas pleinement désintéressé par l'acquéreur sur lequel il a été assigné. Que s'il avait accepté, sans protestation ni réserve, une collocation restreinte au prix d'un seul immeuble, il ne pourrait, à défaut de paiement de cette collocation, contraindre les autres créanciers au rapport des sommes par eux touchées[19].

d. Le créancier dont l'hypothèque s'étend à plusieurs immeubles, est aussi en droit de choisir celui de ces immeubles sur le prix duquel il entend être colloqué pour la totalité de sa créance, sans que les créanciers ayant, sur le même immeuble, des hypothèques postérieures en rang, puissent le contraindre à diviser sa demande en collocation, pour la faire proportionnellement porter sur le prix de tous les immeubles qui lui sont affectés[20].

Ce principe doit être observé rigoureusement en cas de vente d'un seul des immeubles hypothéqués, ou lorsque, à la suite de la

17 Art. 1221, n° 1, cbn. al. dernier. Cpr. § 215, texte, lett. C, n° 2, notes 63 et 64.

18 Arg. art. 2161, al. 2, cbn. 2114, al. 2. Zachariæ, § 285, texte *in fine*. Cpr. sur la réduction des hypothèques générales : § 282.

19 En acquiesçant au règlement judiciaire qui a ainsi restreint l'effet de son hypothèque, le créancier renonce à son rang, en ce qui concerne les immeubles sur le prix desquels il n'a pas été colloqué. Il en serait ainsi, même de la femme mariée sous le régime de la dot, qui, pour une créance dotale, aurait accepté une collocation spéciale sur le prix d'un des immeubles de son mari. Paris, 31 juillet 1813 et 29 avril 1814, Sir., 25, 2, 270 et 271. Civ. cass., 18 janvier 1853, Sir., 53, 1, 5.

20 Grenier, I, 179. Troplong, III, 750 et suiv. Pont, n° 336. Zachariæ, § 289, texte et note 8. Paris, 24 novembre 1814, Sir., 16, 2, 243. Paris, 31 août 1815, Sir., 16, 2, 12. Bordeaux, 7 juillet 1830, Sir., 30, 2, 362. Bourges, 31 juillet 1829, Sir., 30, 2, 20.

vente de la totalité ou de plusieurs de ces immeubles, la distribution des prix de vente fait l'objet d'ordres séparés, ouverts dans des tribunaux différents[21]. Dans ces deux hypothèses, le créancier postérieur, qui se trouverait exposé à perdre sa garantie hypothécaire, par une demande en collocation sur le prix de l'immeuble spécialement affecté à sa créance, n'a d'autre moyen, pour prévenir ce résultat, que de désintéresser le créancier qui le prime; ce qui lui permettra de demander, pour la créance de ce dernier, aux droits duquel il se trouvera légalement subrogé[22], collocation sur le prix d'immeubles non soumis à sa propre hypothèque[23]. Encore ne pourrait-il, à la faveur de la subrogation ainsi obtenue, faire porter cette collocation sur le prix d'immeubles grevés, au profit d'autres créanciers, d'hypothèques antérieures en date à la sienne[24].

[21] Les créanciers postérieurs ne peuvent, en effet, exiger que ce créancier divise son hypothèque, et se contente, dans un premier ordre, d'une collocation partielle, ce qui l'obligerait à poursuivre le recouvrement du solde de sa créance sur les autres immeubles à lui affectés, alors que le rang de son hypothèque lui donne le droit de se faire attribuer la totalité du prix à distribuer. Zachariæ, § 289, texte et note 9.

[22] Tarrible (*Rép.*, v° Transcription, § 6, n° 5) soutient que le créancier qui avait une hypothèque spéciale sur un immeuble, dont le prix a été absorbé par la collocation d'un créancier antérieur à hypothèque générale, se trouve par cela même subrogé aux droits de ce dernier. Cette opinion, qui crée un cas de subrogation légale indépendamment de toute condition de paiement, et qui est d'ailleurs incompatible avec l'art. 1251, n° 1, n'a pas trouvé de partisans. Voy. les auteurs cités à la note 20 *supra*. Zachariæ, § 289, texte et note 10. Riom, 2 décembre 1819, Sir., 21, 2, 1. Poitiers, 22 avril 1825, Sir., 25. 2, 363. Toulouse, 15 juin 1827, Sir., 28, 2, 26. Req. rej., 14 décembre 1831, Sir., 32, 1, 176. Nîmes, 24 février 1845, Sir., 46, 2, 253. Voy. cep. Rouen, 14 mars 1826, Sir., 27, 2, 29.

[23] Cpr. les auteurs cités à la note 20 *supra*. Bourges, 18 janvier 1854, Sir., 54, 2, 97.

[24] Bien que nous supposions ici des hypothèques spéciales, portant sur des immeubles différents, et entre lesquelles il ne peut s'élever de véritable conflit, il n'en serait pas moins contraire au principe qui sera développé à la note 26 *infra*, que l'expédient de la subrogation pût devenir, pour un créancier plus récent, un moyen d'améliorer sa position au détriment d'un créancier plus ancien. Pour bien faire comprendre la proposition émise au texte, nous donnerons l'exemple suivant : Pierre, qui a une hypothèque spéciale sur une maison, inscrite le 1er mars 1860, et Paul, qui a une hypothèque spéciale sur des fonds de terre, inscrite seulement le 1er avril 1860, se trouvent en concours avec un créancier antérieur à

Mais le principe ci-dessus posé serait susceptible d'un certain tempérament, si la distribution du prix de la totalité ou d'une partie des immeubles soumis à l'hypothèque du créancier premier en rang, se faisait par un seul et même ordre. Dans ce cas, et en supposant que ce créancier n'eût aucun intérêt légitime à s'opposer à un pareil mode de distribution[25], la collocation de sa créance pourrait et devrait être faite de manière que les créanciers postérieurs, les plus anciens, fussent payés de préférence aux créanciers plus récents[26].

hypothèque générale; Paul ne pourra pas, en payant ce dernier, faire porter l'effet de l'hypothèque générale, à laquelle il se trouverait subrogé, sur la maison hypothéquée à Pierre, pour affranchir ainsi les fonds de terre affectés à sa propre créance. Grenoble, 14 avril 1848, Sir., 52, 2, 21. Grenoble, 20 août 1853, Sir., 54, 2, 457. Voy. en sens contraire : Pont, nos 340 et 341. Cpr. Mourlon, *Des subrogations*, p. 117. Cet auteur estime que la subrogation obtenue par le créancier dernier inscrit, lui profiterait, en ce sens que la charge de l'hypothèque générale se répartirait, entre lui et les autres créanciers à hypothèque spéciale, dans la proportion de la valeur des immeubles affectés à chacun d'eux.

25 Ce créancier aurait un intérêt légitime à s'opposer à ce mode de distribution, s'il avait, outre son hypothèque antérieure en rang, des hypothèques, spéciales ou générales, primées par d'autres créanciers. Dans ce cas, les créanciers intermédiaires ne pourraient l'empêcher d'exercer son hypothèque première en rang, de manière à dégrever, autant que possible, les immeubles affectés à ses hypothèques postérieures. Zachariæ, § 289, texte et note 11. Civ. cass., 4 mars 1833, Sir., 33, 1, 421. Paris, 26 février 1834, Sir., 34, 2, 394. Req. rej., 24 décembre 1844, Sir., 45, 1, 113. Req. rej., 16 août 1847, Sir., 47, 1, 832. Bourges, 30 avril 1853, Sir., 54, 2, 97. — Un créancier intermédiaire ne pourrait même pas, pour se procurer la subrogation à l'hypothèque première en rang, forcer le créancier à recevoir le remboursement de la créance à laquelle elle est attachée, sans lui garantir le paiement de ses autres créances. En effet, nul n'est tenu de prêter les mains à une subrogation que l'on ferait tourner contre lui-même.

26 Un autre procédé consisterait à faire supporter la charge de l'hypothèque générale, antérieure en rang, par tous les immeubles grevés d'hypothèques spéciales postérieures, sans égard aux dates respectives des inscriptions, et au prorota de la valeur comparative de ces immeubles. On dit, en faveur de ce procédé, que si, entre des droits réels portant sur les mêmes objets, et se trouvant ainsi en conflit, la préférence se détermine par l'antériorité, il n'en est plus ainsi, quand il s'agit de droits qui frappent, comme dans l'hypothèse dont il s'agit au texte, sur des immeubles différents. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° Transcription, § 6, n° 5; Duranton, XIX, 391; Mourlon, *Des subrogations*, p. 117 et suiv.; Pont, n° 345; Zachariæ, § 289, texte et note 12; Douai, 5 juillet 1843, Sir., 43, 2, 30. Mais ce système se réfute par les

e. Le créancier dont l'hypothèque frappe sur plusieurs immeubles, peut, lorsqu'ils se trouvent dans les mains de différents tiers détenteurs, les poursuivre tous simultanément ou n'attaquer qu'un seul d'entre eux, sans être tenu de s'adresser d'abord aux tiers détenteurs dont les acquisitions sont les plus récentes[27].

f. Le créancier à hypothèque générale, et qui a de plus une créance garantie seulement par une hypothèque spéciale d'un rang postérieur, peut, dans un ordre ouvert pour la distribution du prix des immeubles affectés à cette dernière hypothèque, ne

considérantions suivantes : Le crédit hypothécaire d'une personne se détermine par la valeur réunie de tous les immeubles qu'elle possède, et s'épuise à mesure des hypothèques qui viennent successivement s'y asseoir. Or, il est rationnel et conforme au principe de la publicité des hypothèques, que le créancier qui a obtenu une hypothèque en un temps où le crédit immobilier du débiteur n'était pas encore épuisé par des affectations antérieures, conserve, dans toute éventualité, une position meilleure que celui dont l'hypothèque a pris naissance à une époque où la valeur des immeubles du débiteur se trouvait déjà absorbée. Ce dernier pouvait-il avoir la prétention d'être traité, en cas de déconfiture du débiteur, sur le même pied que les créanciers intermédiaires entre lui et le créancier à hypothèque générale antérieure en rang, par le motif que leurs hypothèques respectives ne portaient pas sur les mêmes immeubles? L'art. 930 fournit un puissant argument à l'appui du mode de répartition indiqué au texte ; cet article veut, en effet, que l'action en revendication à diriger contre les tiers détenteurs d'immeubles compris dans une donation sujette à réduction, soit exercée dans l'ordre inverse des acquisitions, et reconnaît ainsi que dans le cas où des droits réels, portant sur des immeubles différents, se trouvent compromis par l'insolvabilité de la personne du chef de laquelle ils procèdent, la perte doit être supportée par ceux dont les droits sont d'une origine plus récente. Grenier, I, 180. Troplong, III, 760. Paris, 28 août 1816, Sir., 17, 2, 376. Civ. rej., 16 juillet 1821, Sir., 21, 1, 360. Riom, 28 janvier 1828, Sir., 31, 2, 310. Poitiers, 15 décembre 1829, Sir., 30, 2, 92. Agen, 6 mai 1830, Sir., 31, 2, 310. Agen, 3 janvier 1844, Sir., 45, 2, 405. Req. rej., 5 août 1847, Sir., 47, 1, 830. Lyon, 24 mai 1850, Sir., 50, 2, 531. Cpr. Civ. rej., 26 décembre 1853, Sir., 54, 1, 81. Cet arrêt juge que, lorsque le créancier antérieur à hypothèque générale, ne demande pas à être colloqué sur tel ou tel immeuble, et qu'il consent à la division de sa collocation, on peut, sans violer aucune loi, répartir la collocation au marc le franc sur tous les immeubles, sans égard à la date des inscriptions spéciales qui les frappent.

[27] L'exception de discussion, admise par l'art. 2170 en faveur des tiers détenteurs, ne s'applique qu'aux immeubles qui sont restés dans les mains des principaux obligés. Paris, 31 août 1815, Sir., 16, 2, 12. Civ. cass., 6 mai 1818, Sir., 18, 1, 292. Voy. cep. Toulouse, 19 mars 1838, Sir., 38, 2, 458.

produire que pour la créance à laquelle elle s'applique, et poursuivre ultérieurement, en vertu de son hypothèque générale, les tiers détenteurs d'autres immeubles[28]. La même faculté appartiendrait au créancier à hypothèque spéciale, qui, ayant désintéressé un créancier antérieur à hypothèque générale, se trouverait subrogé aux droits de ce dernier[29].

g. Enfin, le créancier qui a renoncé au bénéfice de son hypothèque sur un ou plusieurs des immeubles affectés à sa créance, conserve, en principe, le droit de l'exercer contre les tiers détenteurs des autres immeubles, bien que par cette renonciation, il se soit mis dans l'impossibilité de les subroger dans ses droits et actions contre les détenteurs des biens qu'il a dégrevés[30].

§ 285.

2. *Des effets de l'hypothèque, en ce qui concerne la créance à laquelle elle est attachée.*

1° L'hypothèque répond de chaque portion de la créance à la sûreté de laquelle elle est affectée[1]. Art. 2114. Mais elle ne rend pas pour cela indivisible la créance elle-même[2]. Art. 2249, al. 2.

2° L'hypothèque garantit les créances à terme, conditionnelles, ou éventuelles, d'une manière aussi complète, que les créances pures et simples. Art. 2148, n° 4, 2153, n° 3, 2195, al. 2, et arg. de ces articles. Toutefois, il y a, quant au mode de collocation,

28 Les tiers détenteurs ne seraient même pas fondés à s'opposer à ces poursuites, sous le prétexte que leurs acquisitions étant antérieures à l'hypothèque spéciale du créancier poursuivant, celui-ci n'a pu, à leur préjudice, se faire payer de sa seconde créance : ils auraient à s'imputer de n'avoir pas purgé leurs acquisitions.

29 Le fait du créancier postérieur en rang, d'avoir payé le créancier antérieur, dans le but d'obtenir la subrogation à son hypothèque générale, et de s'être abstenu de produire pour la créance garantie par cette hypothèque, ne saurait être considéré comme une combinaison frauduleuse, de nature à donner lieu à une exception de dol. Il n'y aurait là que l'exercice d'un droit et d'une faculté légale. Civ. cass., 3 mars 1856, Sir., 57, 1, 55.

30 Voy. pour la justification de cette proposition : § 287, texte n° 2 et note 30.

1 Voy. sur les conséquences de ce principe : § 284, texte n° 3.

2 Cpr. Req. rej., 12 février 1829, Sir., 30, 1, 201.

une distinction à faire entre les créances pures et simples ou à terme, d'une part, et les créances conditionnelles ou éventuelles, d'autre part.

Le titulaire d'une créance à terme peut, lorsqu'un ordre s'ouvre pour la distribution du prix de l'immeuble qui lui est hypothéqué, demander une collocation actuelle et définitive, tout comme peut le faire celui dont la créance se trouve échue[3]. Il en est ainsi dans l'hypothèse où l'immeuble grevé vient à être exproprié pour cause d'utilité publique, aussi bien que dans les cas de vente volontaire ou d'expropriation forcée[4].

Lorsqu'il est question d'une créance soumise à une condition résolutoire, le créancier est encore fondé à demander une collocation actuelle, à charge toutefois de fournir caution de restituer, en cas d'accomplissement de cette condition, la somme à lui assignée, aux créanciers qui, par suite de sa collocation, se trouveraient inutilement colloqués[5].

Que s'il s'agissait d'une créance soumise à une condition suspensive, le créancier ne pourrait plus exiger une collocation actuelle ; mais il serait autorisé à en réclamer une éventuelle, et par suite à demander que les fonds restent provisoirement entre les

[3] Art. 2184 et arg. de cet article. Paris, 28 novembre 1806, Sir., 6, 2, 275.

[4] Pont, n° 698. Martou, III, 1009. Paris, 13 février 1858, Sir., 58, 2, 170. Voy. en sens contraire : Delalleau, *De l'expropriation pour utilité publique*, I, 408 ; De Peyronny et Delamarre, *Commentaire des lois d'expropriation*, n° 249 ; Del Marmol, *Revue pratique*, 1861, XII, p. 209. Suivant ces auteurs, le débiteur exproprié pour cause d'utilité publique pourrait, en vertu de l'art. 2131, réclamer le droit de toucher lui-même l'indemnité d'expropriation, en offrant de constituer de nouvelles sûretés hypothécaires. Mais l'art. 2131, sur lequel ils se fondent, est complétement étranger à la question, puisque l'expropriation pour cause d'utilité publique opère, comme la vente volontaire ou l'expropriation forcée, la réalisation même du gage hypothécaire, et ne saurait, en aucune manière, être considérée comme une diminution de ce gage. D'un autre côté, si l'art. 2131 donne au débiteur la faculté d'offrir un supplément d'hypothèque, lorsque les sûretés originaires ont été diminuées par cas fortuit ou force majeure, c'est uniquement pour le soustraire à la nécessité de se procurer immédiatement les fonds nécessaires à un remboursement qu'il ne devait faire qu'après un certain terme ; et ce serait étendre cette faculté, contrairement à l'esprit dans lequel elle a été accordée, que de permettre au débiteur exproprié de toucher lui-même le montant de l'indemnité.

[5] Merlin, *Rép.*, v° Ordre de créanciers, § 4. Zachariæ, § 289, texte et note 13.

mains de l'acquéreur ou de l'adjudicataire, ou qu'ils soient versés à la caisse des dépôts et consignations. Les créanciers postérieurs n'auraient d'autre moyen d'écarter une pareille demande, que celui d'offrir une caution hypothécaire, pour la restitution des deniers à eux distribués, au cas où la condition viendrait à s'accomplir[6].

Dans l'hypothèse spéciale où il se trouve parmi les créances hypothécaires une rente viagère venant en ordre utile, le crédi-rentier a le droit d'exiger que la somme nécessaire pour produire des intérêts équivalents aux arrérages de la rente, reste entre les mains de l'acquéreur ou de l'adjudicataire, ou qu'elle soit consignée par lui, lorsqu'il refuse de se charger du service de la rente. Toutefois, les créanciers postérieurs seraient admis à demander la délivrance des fonds, en s'engageant solidairement au service de la rente, et en offrant pour sûreté de cet engagement, une nouvelle garantie hypothécaire, aussi solide et aussi facile à réaliser que la première[7].

3° L'hypothèque garantit en principe les intérêts ou les arrérages, aussi bien que le capital de la créance pour sûreté de laquelle elle est établie.

[6] Cpr. Merlin, *op. et loc. citt.*; Persil, sur l'art. 2184, n° 8; Duranton, XX, 383; Trolong, IV, 959 *ter;* Zachariæ, *loc. cit.;* Civ. cass., 4 avril 1815, Sir., 15, 1, 275.

[7] Il existe de grandes divergences d'opinions sur la manière de régler, dans l'hypothèse indiquée au texte, les intérêts respectifs du crédi-rentier, des créanciers postérieurs en rang, et de l'acquéreur ou de l'adjudicataire. La solution que nous avons adoptée, repose sur les principes suivants, qui nous paraissent incontestables : 1° Le crédi-rentier ne peut, ni exiger le remboursement d'une somme principale, représentative de la rente, ni être contraint à accepter un pareil remboursement. Art. 1978 et 1979. 2° Il ne peut être forcé à diviser son action entre plusieurs débiteurs, ni à renoncer à ses sûretés hypothécaires contre un simple engagement personnel. 3° L'acquéreur ou l'adjudicataire n'est pas autorisé à retenir les fonds nécessaires pour assurer le paiement des arrérages, en offrant de se charger du service de la rente, et réciproquement on ne peut lui en imposer l'obligation. 4° Enfin, les créanciers postérieurs en rang sont en droit d'exiger la délivrance des fonds, en offrant de se substituer au débiteur primitif, et de fournir au crédi-rentier des sûretés hypothécaires, équivalentes à celles qui lui avaient été données. Cpr. en sens divers : Persil, sur l'art. 2185, n° 3; Grenier, I, 186; Troplong, IV, 959 *quater;* Dalloz, *Rép.*, v° Priviléges et Hypothèques, n°s 2305 et suiv.; Paris, 5 juillet 1806, Sir., 6, 2, 230; Caen, 18 mai 1813, Sir., 14, 2, 399; Bourges, 25 mai 1827, Dalloz, *op. cit.*, n° 2310. Voy. aussi : Riom, 24 août 1863, Sir., 64, 2, 65.

L'inscription prise pour le capital, avec la mention qu'il est productif d'intérêts ou d'arrérages [8], comprend virtuellement et de plein droit les arrérages ou intérêts de deux années et de l'année courante [9], de sorte que, sans qu'il soit nécessaire de les émarger spécialement dans l'inscription, le créancier jouit, en ce qui les concerne, du même rang d'hypothèque que pour le capital.

Mais les intérêts ou arrérages dus pour une période plus longue ne participent, en général, au bénéfice de l'hypothèque, qu'à la condition d'inscriptions particulières, requises par le créancier au fur et à mesure de leur échéance, et ne prennent rang qu'à la date de ces inscriptions. Art. 2151 [10].

Sauf l'effet de ces inscriptions particulières, le créancier hypothécaire ne jouit, pour les intérêts non conservés de droit par l'inscription relative au capital, d'aucune garantie hypothécaire. Il en résulte que la disposition de l'art. 2151 peut être invoquée, non-seulement par d'autres créanciers hypothécaires, mais encore par les créanciers simplement chirographaires [11], ainsi que par le tiers

[8] Sans cette indication, les tiers seraient fondés à contester toute collocation d'intérêts ou d'arrérages non spécialement émargés dans l'inscription. Duranton, XX, 147. — Le créancier devrait même, pour éviter toute contestation, indiquer le taux des intérêts ou des arrérages.

[9] Paris, 25 thermidor an XIII, Sir., 5, 2, 316. — La collocation pour deux années d'intérêts, réclamée en vertu de l'art. 2151, ne peut comprendre les intérêts des intérêts, stipulés entre le créancier et le débiteur, ou dus par suite d'une demande judiciaire. Pont, n° 1027. Angers, 25 novembre 1846, Dalloz, 1847, 2, 53. Bourges, 30 avril 1853, Dalloz, 1854, 2, 52. — Il a cependant été jugé que le vendeur a droit d'être colloqué en vertu de son privilége, même pour les intérêts des intérêts du prix de vente. Bourges, 23 mai 1829, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IX, 2, 270.

[10] L'art. 2151 restreint d'une manière notable les effets de l'hypothèque, dont le bénéfice s'étendrait, sans cela, à tous les intérêts ou arrérages non prescrits. Cette restriction a pour objet, d'une part, d'empêcher qu'un créancier ne puisse, en laissant volontairement accumuler une somme considérable d'intérêts ou d'arrérages, diminuer notablement les sûretés acquises aux créanciers postérieurs, et, de l'autre, de prévenir les fraudes que le débiteur, de concert avec l'un des créanciers, pourrait commettre au préjudice des autres, en présentant comme encore dus des intérêts ou arrérages payés depuis longtemps.

[11] On avait voulu soutenir que l'art. 2151 concernait exclusivement les rapports des créanciers hypothécaires entre eux, et que les créanciers chirographaires n'étaient pas admis à se prévaloir de la restriction établie par cet article. Mais

détenteur qui, sans purger, offre de payer le montant de la dette hypothécaire [12].

Cette limitation des effets de l'hypothèque ne s'applique pas aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs ou interdits, pour les intérêts qui ont couru pendant la durée du mariage ou de la tutelle, ainsi que pour ceux de l'année qui a suivi la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle [13]; mais, à partir de l'expiration de cette année, et à supposer d'ailleurs que les droits de la femme aient été liquidés, ou que le compte de tutelle ait été apuré, les hypothèques dont s'agit retombent sous l'empire de l'art. 2151; et ce, dans le cas même où elles auraient été inscrites avant l'expiration de l'année [14].

La disposition restrictive de l'art. 2151 ne s'applique pas da-

cette opinion devait être rejetée, parce que la loi ne reconnaît pas de position intermédiaire entre celles de créancier hypothécaire et de créancier chirographaire, et qu'une créance ne saurait avoir, vis-à-vis de créanciers simplement chirographaires, le caractère de créance hypothécaire, lorsqu'elle n'a pas ce caractère à l'égard des créanciers hypothécaires. Cpr. § 267. Pont, n° 1033. Civ. rej., 15 avril 1846, Sir., 46, 1, 818.

[12] *Non obstat* art. 2168. Cet article, en disant que le tiers détenteur est tenu de payer *tous les intérêts et capitaux exigibles*, se réfère nécessairement aux art. 2166 et 2167, qui ne soumettent le tiers détenteur qu'à l'acquittement des charges hypothécaires inscrites. Troplong, III, 788. Martou, III, 1256. Pont, n° 1132. Zachariæ, 4e édit., § 285, note 2. (Ce dernier auteur avait, dans sa troisième édition, émis une opinion opposée). Bordeaux, 28 février 1850, Sir., 51, 2, 188. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2151, n° 11; Grenier, I, 101; Bruxelles, 4 avril 1806, Sir., 7, 2, 1003.

[13] Merlin, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 5, n° 14; et *Quest.*, v° Intérêts, § 6. Persil, sur l'art. 2151, n° 4. Grenier, I, 104. Troplong, III, 701. Pont, n° 1030. Zachariæ, § 285, texte et note 8. Bourges, 23 mai 1829, Sir., 30, 2, 73. Nancy, 19 mars 1830, Sir., 30, 2, 345. Paris, 5 mars 1834, Sir., 34, 2, 178. Voy. en sens contraire : Blondeau, *Revue de législation*, 1836, IV, p. 363 et suiv. — L'exception admise au texte en faveur des hypothèques légales des femmes mariées et des mineurs ou interdits, avait, avant la loi du 23 mars 1855, d'autant plus d'importance, que ces hypothèques restaient, même après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, et la liquidation des reprises de la femme ou l'apurement du compte de tutelle, indéfiniment dispensées de la nécessité de l'inscription.

[14] Arg. art. 8 de la loi du 23 mars 1855. Pont, n° 1032. Agen, 14 janvier 1868, Dalloz, 1868, 2, 81. Voy. cep. Metz, 26 août 1863, Sir., 63, 2, 251.

vantage aux priviléges valablement conservés comme tels, et en particulier au privilége du vendeur[15].

Les arrérages d'une rente viagère se trouvent, comme ceux d'une rente perpétuelle, soumis à la limitation établie par l'art. 2151[16].

Les intérêts des créances ordinaires ne tombent sous l'application de cet article, qu'autant que le capital de la créance se trouvant déterminé, ils sont périodiquement exigibles[17]. Ainsi, l'inscription prise en vertu d'un jugement qui ordonne une reddition de compte ou la liquidation d'une société, conserve virtuellement tous les intérêts qui ont dû courir jusqu'au moment de la fixation définitive du reliquat, et de plus les intérêts de deux années et de l'année courante du reliquat ainsi fixé. De même encore, l'inscription prise au profit de l'État, d'une commune, ou d'un établissement public, sur les biens d'un comptable, conserve virtuellement tous les intérêts courus depuis l'origine du débet jusqu'à l'arrêt

[15] L'art. 2151, qui parle *d'un créancier inscrit pour un capital*, de *rang d'hypothèque*, et *d'inscriptions particulières portant hypothèque à leur date*, ne concerne, d'après son texte, que les créanciers hypothécaires proprement dits; et par cela même qu'il restreint l'effet naturel de l'hypothèque, on ne doit pas en étendre la disposition aux créanciers privilégiés. Dans le système contraire, on scinde l'effet des priviléges, que l'on fait descendre, pour les intérêts de plus de deux ans et de l'année courante, au rang de simples hypothèques; transformation que la loi n'admet que dans le cas où le privilége n'a pas été dûment conservé. Troplong, I, 219. Duranton, XIX, 160, et XX, 152. Pont, nos 192 et 1030. Zachariæ, § 285, texte et note 9. Civ. cass., 5 mars 1816, Sir., 16, 1, 171. Chamb. réun. cass., 1er mai 1817, Sir., 17, 1, 199. Paris, 31 janvier 1818, Sir., 18, 2, 233. Bourges, 23 mai 1829, Sir., 30, 2, 73. Paris, 7 décembre 1831, Sir., 32, 2, 129. Civ. rej., 8 juillet 1834, Sir., 34, 1, 504. Req. rej., 11 mai 1863, Sir., 64, 1, 357. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 339 et 340; Persil, sur l'art. 2151, n° 8; Grenier, I, 103; Blondeau, *op. cit.*, IV, p. 368; Nîmes, 12 décembre 1811, Sir., 13, 2, 376.

[16] Troplong, III, 700. Duranton, XX, 155. Blondeau, *op. cit.*, IV, p. 276. Req. rej., 13 août 1828, Sir., 28, 1, 412. Bordeaux, 3 février 1829, Sir., 29, 2, 261. Bordeaux, 15 février 1832, Sir., 33, 2, 59. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 23 août 1826, Sir., 27, 2, 105.

[17] Quand la fixation du montant de la créance, pour sûreté de laquelle il a été pris inscription, dépend d'un règlement de compte ou d'une liquidation à faire, les intérêts auxquels le créancier peut avoir droit, entrent comme éléments dans la détermination du reliquat, et ne sauraient faire l'objet d'inscriptions particulières, pas plus que d'une prescription distincte de celle de la créance. Cpr. § 774, texte n° 2, lett. *c*.

qui l'a constaté[18], et en outre les intérêts de deux années et de l'année courante du débet tel qu'il a été fixé[19].

Les deux années d'intérêts ou d'arrérages que l'inscription prise à raison du capital conserve virtuellement au rang de celui-ci, ne peuvent s'entendre que d'intérêts ou d'arrérages à écheoir. Quant aux années qui étaient déjà échues au moment de l'inscription, le créancier qui aurait négligé de les émarger, ne pourrait les réclamer au rang du capital[20]. Mais aussi, s'il les a compris dans l'inscription, sera-t-il autorisé à demander collocation au rang du capital, tant pour les intérêts ou arrérages ainsi conservés, que pour ceux de deux années échues depuis l'inscription et de l'année courante.

Du reste, les deux années d'intérêts ou d'arrérages que l'inscription relative au capital conserve de plein droit, ne sont exclusivement, ni les années qui suivent immédiatement cette inscription, ni celles qui précédent l'année courante. Le créancier peut, outre les intérêts ou arrérages de cette année, réclamer au rang du capital ceux de deux années quelconques, pourvu qu'ils ne soient pas prescrits[21].

L'année courante doit s'entendre de l'intervalle de temps qui s'est écoulé depuis la dernière échéance d'intérêts ou d'arrérages jusqu'au moment où par suite, soit du jugement d'adjudication sur expropriation forcée, soit de la notification faite, au cas de vente volontaire, conformément à l'art. 2183, l'inscription est à considérer comme ayant produit son effet légal[22].

18 Req. rej., 12 mai 1829, Sir., 29, 1, 432. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 104 ; Troplong, III, 701 *bis ;* Duranton, XX, 154.

19 Il est bien entendu que le montant du débet une fois fixé, l'hypothèque légale de l'État, des communes, et des établissements publics tombe, pour les intérêts à courir ultérieurement, sous l'application de l'art. 2151.

20 Il est évident, en effet, que l'art. 2151, en parlant des intérêts de deux années et de ceux de l'année courante, n'a entendu parler que d'intérêts à écheoir depuis le jour de l'inscription. Duranton, XX, 148. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2151, n° 5.

21 Merlin, *Quest.*, v° Inscription hypothécaire, § 2 *bis*. Grenier, I, 100. Troplong, III, 698. Duranton, XX, 149. Pont, n° 1016. Zachariæ, § 285, note 3. Civ. cass., 27 mai 1816, Sir., 16, 1, 250. Angers, 18 janvier 1827, Sir., 28, 2, 102.

22 Suivant l'opinion admise par la plupart des auteurs, l'année courante serait celle qui a cours au moment de la demande en collocation. Voy. Blondeau, *Revue de législation*, 1835 et 1836, II, p. 178, et III, p. 342 ; Zachariæ, § 285, note 4 ; Pont, n°s 1019 et 1020 ; Olivier et Mourlon, n° 436 ; Flandin, *Rép.* de

A partir de ce moment, la disposition restrictive de l'art. 2151 cesse de recevoir application, en ce sens que, quelle que soit l'époque à laquelle s'ouvrira l'ordre, le créancier aura le droit d'être colloqué au rang de son hypothèque pour tous les intérêts qui ont couru ultérieurement jusqu'à la clôture de l'ordre[23]; et ce,

Dalloz, v° Priviléges et Hypothèques, n° 2431. Voy. aussi dans ce sens : Lyon, 9 juin 1865, Sir., 65, 2, 304. Mais cette interprétation ne nous paraît pas devoir être adoptée. On reconnaît en effet généralement, que l'inscription est à considérer comme ayant produit son effet légal à partir, soit du jugement d'adjudication, en cas d'expropriation forcée, soit de la notification aux fins de purge, en cas d'aliénation volontaire; et s'il en est ainsi, l'inscription prise pour sûreté du capital, a dû assurer au créancier hypothécaire, le droit irrévocable d'être colloqué au rang de son hypothèque pour deux années d'intérêts, et pour l'année courante à l'une ou à l'autre de ces époques, sans qu'il soit permis de reculer, à son détriment, l'année courante, au moment ultérieur de la demande en collocation. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que l'ordre n'étant que déclaratif, et non attributif, son effet se reporte au jour même où le droit des créanciers sur l'immeuble hypothéqué s'est trouvé converti en un droit sur le prix, et qu'ainsi la position de chacun d'eux doit être exactement la même que si l'ordre avait été dressé et clos immédiatement. Voy. en ce sens : Merlin, *Quest.*, v° Inscription hypothécaire, § 2; Grenier, I, 102, et II, 494; Paris, 26 décembre 1807, Sir., 8, 2, 63; Civ. cass., 22 novembre 1809, Sir., 10, 1, 73; Rouen, 28 juin 1810, Sir., 10, 2, 307; Bordeaux, 19 décembre 1826, Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 2426; Req. rej., 2 avril 1833, Sir., 33, 1, 378. — M. Troplong (III, 698 et suiv.) va plus loin encore, pour le cas du moins d'expropriation forcée : il estime que l'année courante est celle qui court au moment de la transcription de la saisie, par le motif, qu'à partir de ce moment les intérêts cessent d'être à la charge du débiteur primitif. Voy. encore dans ce sens : Req. rej., 5 juillet 1827, Sir., 28, 1, 105; Angers, 25 novembre 1846, Dalloz, 1847, 2, 53. Cette opinion repose sur l'idée d'une novation, qui, résultant de l'immobilisation des fruits opérée par la transcription de la saisie, substituerait aux intérêts dus par le débiteur, les fruits ainsi immobilisés. Mais une pareille novation, fort contestable même sous l'empire de l'ancien art. 767 du Code de procédure, ne saurait plus être admise en présence du second alinéa du nouvel art. 765 du même Code (Loi du 21 mai 1858), d'après lequel les intérêts et arrérages des créanciers utilement colloqués, ne cessent, à l'égard de la partie saisie, qu'à dater de la clôture de l'ordre. D'ailleurs, les fruits immobilisés ne reviennent pas de plein droit aux créanciers antérieurs en rang, à l'exclusion des créanciers postérieurs; ils accroissent la masse hypothécaire, c'est-à-dire la somme à répartir entre tous les créanciers, d'après leur rang et leurs droits respectifs.

[23] La prescription de 5 ans établie par l'art. 2277 pourrait-elle en pareil cas être opposée, soit par l'acquéreur, soit par des créanciers hypothécaires postérieurs en rang? Voy. § 774, texte n° 2, lett. *c*.

en sus des intérêts conservés en conformité de l'article précité[24].

Le créancier qui a été colloqué sur une somme mise en réserve pour assurer le service des arrérages d'une rente viagère, a même le droit de réclamer , à son rang hypothécaire, les intérêts qui ont couru depuis la clôture de l'ordre jusqu'au moment où sa collocation est devenue efficace par l'extinction de la rente viagère[25].

Lorsque, après la clôture de l'ordre, l'immeuble exproprié est revendu sur folle enchère, ou que le contrat d'aliénation volontaire est résolu pour défaut de paiement du prix, les créanciers premiers en rang, ne peuvent, au préjudice des derniers, réclamer collocation dans l'ordre rectificatif, pour les intérêts qui ont couru depuis la clôture de l'ordre primitif, et ils ne jouissent, pour le paiement de ces intérêts, que d'un recours personnel contre le fol enchérisseur ou l'acquéreur[26].

La faillite du débiteur, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou la vacance de sa succession, n'ont pas pour effet d'écarter la disposition restrictive de l'art. 2151. Mais aussi le créancier peut-il, malgré ces événements, conserver, par des inscriptions particulières, les intérêts qui ont couru depuis la faillite ou le décès du débiteur[27].

[24] Code de procédure, art. 765, al. 2, et 768. Il serait injuste de faire perdre au créancier, une partie quelconque des intérêts qui ont couru depuis le moment où son droit sur l'immeuble hypothéqué ayant été converti en un droit sur le prix, l'inscription avait produit son effet légal ; d'autant mieux qu'à partir de ce moment il ne pouvait plus, pour la conservation de ces intérêts, prendre de nouvelles inscriptions sur l'immeuble. Voy. dans ce sens, les autorités citées à la note précédente, en faveur de l'opinion que nous y avons développée. Cpr. aussi : Zachariæ, § 285, texte et note 5.

[25] Lyon, 28 août 1821, Sir., 23, 2, 248.

[26] Pont, n° 1021. Douai, 9 juin 1843, et Agen, 9 août 1843, Sir., 44, 2, 18 et 20.

[27] Il résulte de l'esprit des art. 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce, que les dispositions qu'ils renferment concernent exclusivement les inscriptions originaires, à prendre pour sûreté du capital, et ne s'appliquent pas aux inscriptions secondaires, destinées seulement à la conservation des intérêts. Ce que ces articles ont voulu empêcher, c'est qu'une créance pût être opposée comme hypothécaire aux créanciers de la faillite et à ceux de la succession bénéficiaire ou vacante, dans le cas où l'inscription qui devait lui assurer ce caractère, n'aurait pas été prise avant le jugement déclaratif de faillite ou le décès du débiteur. Mais l'inscription requise en temps utile pour la sûreté du capital devrait, en principe, garantir tous les intérêts à écheoir, comme le capital même ;

4° Les frais et dépens auxquels le débiteur peut être condamné, participent, comme accessoires de la créance principale, aux sûretés hypothécaires attachées à cette créance[28]. Toutefois, quand il s'agit d'une hypothèque soumise à la nécessité de l'inscription[29], ils n'ont rang qu'à partir de l'inscription prise en vertu du jugement de condamnation, à moins que, dans l'inscription primitive, le créancier n'ait émargé une somme représentant, par approximation, les frais et dépens éventuels, auquel cas ils jouissent, jusqu'à concurrence de l'évaluation qui en a été faite, du même rang que le principal[30].

Les mêmes règles s'appliquent aux dommages-intérêts prononcés contre le débiteur pour cause d'inexécution de ses engagements[31].

Il est du reste bien entendu que ce qui vient d'être dit des frais et dépens ne concerne que ceux qui ont été faits par le créancier pour la constatation et la conservation de sa créance. Quant aux frais avancés pour arriver à la saisie de l'immeuble hypothéqué et à la distribution du prix en provenant, ils sont privilégiés en vertu des art. 2101, n° 1, et 2104[32].

et si l'art. 2151 a restreint, quant aux intérêts, l'effet naturel de cette inscription, il ne l'a cependant fait qu'en laissant au créancier la faculté de conserver, par des inscriptions particulières, les intérêts non garantis de plein droit. Or, il ne saurait être permis de séparer cette faculté de la restriction dont elle forme le correctif; et en privant le créancier de l'exercice de ce droit, à raison, soit de la faillite du débiteur, soit de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou de la vacance de sa succession, on ajouterait en réalité à la rigueur de la loi. Pont, n°s 889, 925 et 1024. Civ. rej., 20 février 1849, Sir., 50, 1, 185. Voy. en sens contraire: Demangeat sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 292, à la note.

28 Civ. cass., 4 février 1868, Sir., 68, 1, 113.

29 L'hypothèque légale de la femme, pour les frais faits sur sa demande en séparation, remonte au jour même du mariage. Troplong, II, 418 *ter*. Zachariæ, § 285, note 10. Riom, 5 février 1821, Sir., 23, 2, 23. Paris, 28 décembre 1822, Sir., 34, 2, 231, à la note. Caen, 25 novembre 1824, Sir., 26, 2, 70. Douai, 1er avril 1826, Sir., 27, 2, 39. Voy. en sens contraire: Rouen, 12 mars 1817, Sir., 17, 2, 170.

30 Arg. art. 2148, n° 4. Merlin, *Rép.*, v° Inscr. hyp., § 5, n° 11. Persil, sur l'art. 2155. Grenier, I, 98. Troplong, III, 702 *bis*. Pont, n° 991. Zachariæ, § 285, texte et note 10.

31 Troplong, III, 703. Zachariæ, § 285, texte et note 11. Cpr. Req. rej., 11 mars 1834, Sir., 34, 1, 345.

32 Voy. § 274, note 8.

§ 286.

3. *Des rapports que l'hypothèque établit entre le créancier et le débiteur, considéré comme propriétaire de l'immeuble grevé*[1].

1° Le débiteur, propriétaire de l'immeuble hypothéqué, conserve, en principe, l'exercice de toutes les facultés inhérentes au droit de propriété. Ainsi, il peut aliéner cet immeuble, le grever, soit de nouvelles hypothèques, soit de servitudes personnelles[2] ou réelles[3], et le donner en antichrèse[4]. Ainsi encore, il est en droit de vendre les fruits qui en proviennent[5], de le donner à bail, même pour plus de neuf années, et de céder ou de toucher par anticipation les loyers ou fermages. Enfin, il lui est également permis d'user de l'immeuble grevé comme il l'entend, et d'y faire tels changements matériels qu'il juge convenable.

2° Le principe qui vient d'être posé doit cependant se combiner avec cet autre principe, que le propriétaire de l'immeuble hypothéqué, ne peut, au détriment des droits du créancier hypothécaire, faire aucun acte de disposition matérielle ou juridique qui, directement et de sa nature même, aurait pour conséquence de diminuer la valeur de cet immeuble.

De ce dernier principe découle, pour tout créancier hypothécaire, sa créance fût-elle à terme ou subordonnée à une condition[6], le droit de sauvegarder, au moyen de mesures qui varient suivant les circonstances, ses intérêts compromis par des actes de cette espèce.

Ainsi, par exemple, lorsque le propriétaire d'une maison ou d'une forêt grevée d'hypothèque, entreprend la démolition de cette

[1] Les rapports que l'hypothèque fait naître entre le créancier hypothécaire et le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, ou le tiers qui a fourni l'hypothèque sans s'obliger personnellement, seront expliqués au § 287.

[2] L'usufruit constitué sur un immeuble hypothéqué, reste soumis à l'affectation hypothécaire ; mais l'usufruitier est admis à purger son acquisition. Voy. § 293 *bis*, texte n° 3.

[3] Voy. quant à la position respective du créancier hypothécaire et du propriétaire de l'héritage qui a acquis une servitude sur l'immeuble hypothéqué : § 250, texte n° 2, notes 7 et 8.

[4] Voy. quant aux effets d'une constitution d'antichrèse sur un immeuble antérieurement hypothéqué : art. 2091, al. 1er ; § 438, texte *in fine*.

[5] Cpr. Req. rej., 30 mars 1868, Sir., 68, 1, 201.

[6] Le créancier, dont la créance n'est pas encore exigible, n'en a pas moins un intérêt né et actuel à faire maintenir l'intégrité de son gage.

maison, ou procède, avant le terme normal de la coupe, à l'abatage des arbres de cette forêt, les créanciers hypothécaires sont autorisés à provoquer l'établissement d'un sequestre, chargé de maintenir les choses dans l'état où elles se trouvent, et à demander que le prix des matériaux de démolition ou des arbres abattus, soit déposé à la caisse des consignations, pour être ultérieurement distribué entre eux, avec le prix de l'immeuble même, suivant leur rang d'hypothèque [7] ; mais ils seraient privés de toute action contre les tiers de bonne foi auxquels ces objets auraient été vendus et livrés [8].

Quand le propriétaire de l'immeuble grevé, au lieu de procéder lui-même à la démolition ou à l'abatage, a vendu la maison pour être démolie ou les arbres pour être abattus, les créanciers hypothécaires sont en droit de s'opposer à l'exécution de la vente, encore qu'elle ait été passée au profit d'un acquéreur de bonne foi, et de comprendre les objets vendus dans la saisie de l'immeuble [9]. Mais si la vente avait été définitivement consommée par la démolition ou par l'abatage, opérés sans opposition de la part des créanciers, ceux-ci ne seraient pas autorisés à suivre les matériaux de démolition ou les bois abattus entre les mains de l'acquéreur de bonne foi [10].

Des solutions analogues doivent être admises dans le cas où le propriétaire d'un fonds ou d'un bâtiment auquel se trouvent attachés des immeubles par destination, les a aliénés séparément du fonds ou du bâtiment dont ils forment des accessoires. Ainsi, une pareille vente, même faite à un acquéreur de bonne foi, n'empêche

[7] Delvincourt, III, p. 291 et 292. Zachariæ, § 253, texte et note 7. Paris, 26 août 1809, Sir., 10, 2, 189. Cpr. Civ. rej., 26 janvier 1808, Sir., 9, 1, 65.

[8] Arg. art. 2119 cbn. 2279. Civ. cass., 3 août 1831, Sir., 31, 1, 388.

[9] Une pareille vente, en effet, ne constituant pas un simple acte d'administration, ne saurait préjudicier au droit réel des créanciers hypothécaires sur le fonds hypothéqué, et sur les objets qui, s'y trouvant encore de faits incorporés, conservent par cela même, à leur égard, le caractère d'immeubles. Valette, p. 223 et suiv. Demolombe, IX, 188 à 190. Pont, n° 364. Req. rej., 10 juin 1841, Sir., 41, 1, 484. Voy. cep. Troplong, II, 404, et III, 834. Suivant cet auteur, la vente d'une coupe à faire dans une futaie, même non aménagée, serait opposable aux créanciers hypothécaires, par le motif que toutes espèces de bois sont de leur nature destinées à être coupées tôt ou tard. Ce motif se réfute par les observations présentées au commencement de la note.

[10] Req. rej., 9 août 1825, Sir., 26, 1, 133.

par les créanciers hypothécaires, tant qu'elle n'a pas été suivie de tradition, de comprendre les objets vendus dans la saisie du fonds auquel de fait ils sont restés attachés[11]. Mais la tradition une fois opérée, les créanciers ne seraient pas autorisés à suivre ces objets entre les mains de l'acquéreur de bonne foi[12].

Les créanciers hypothécaires qui se trouveraient déchus du droit de suite sur des objets devenus meubles par leur séparation du fonds hypothéqué, n'en conservent pas moins leur droit de préférence sur le prix de ces objets, tant que ce prix, encore dû au débiteur, reste à distribuer entre ses créanciers[13].

Du reste, si, par un fait ou un acte quelconque du débiteur, l'immeuble hypothéqué avait subi une diminution de valeur, les créanciers hypothécaires dont les créances ne seraient pas encore échues, pourraient en poursuivre le remboursement immédiat en faisant déclarer le débiteur déchu du bénéfice du terme. Art. 1188. Ce droit leur appartient également, lorsque le propriétaire de l'immeuble hypothéqué a fait des actes de disposition juridique qui, sans diminuer la valeur de cet immeuble, ont cependant pour résultat de rendre plus difficile ou plus dispendieuse la réalisation du gage hypothécaire. C'est ce qui aurait lieu, du moins pour les hypothèques conventionnelles, si le débiteur n'avait aliéné qu'une partie de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués, ou qu'il les eût aliénés en totalité, mais au profit de personnes différentes[14].

11 Valette, *loc. cit.* Demolombe, IX, 326. Pont, nos 416 et 417. Paris, 22 mai 1868, Sir.. 68, 2, 253.

12 Req. rej., 17 mai 1838, Sir., 38, 1, 869. Bourges, 31 janvier 1843, Sir., 44, 2, 67.

13 Douai, 3 janvier 1815, Sir., 16, 2, 46. Civ. rej., 4 février 1817, Sir., 17, 1, 359.

14 Une aliénation partielle ou divisée pourrait mettre le créancier dans la nécessité de poursuivre séparément plusieurs tiers détenteurs, ou de recevoir par parties ce qui lui est dû, si ces derniers usaient de la faculté de purger. Req. rej., 9 janvier 1810, Sir., 10, 1, 139. Civ. cass., 4 mai 1812, Sir., 12, 1, 321. Poitiers, 28 décembre 1831, Sir., 32, 2, 636. Pau, 23 août 1834, Sir., 35, 1, 120. Cpr. aussi : Paris, 21 janvier 1814, Sir , 15, 2, 54. Voy. cep. Toullier, VI, 666 à 668; Duranton, XI, 126 à 128; Troplong, II, 544; Pont, no 694; Zachariæ, § 284, texte et note 4; Paris, 11 février 1815, Sir., 16, 2, 214. Dans ce dernier système, le fait seul d'une aliénation partielle ou divisée ne suffirait pas pour justifier la demande tendant à faire déclarer le débiteur déchu du bénéfice du terme ; il faudrait de plus que les acquéreurs se fussent déjà mis en me-

Quant aux créanciers dont les créances seraient éventuelles ou conditionnelles, ils peuvent, lorsque par suite de dégradations définitivement consommées, le gage hypothécaire se trouve diminué de manière à ne plus leur offrir une pleine et entière sécurité, provoquer l'estimation des dégradations commises et demander, soit un supplément d'hypothèque, soit le dépôt à la caisse des consignations du montant de cette estimation[15].

3° Le droit de disposition et celui de jouissance, que le propriétaire de l'immeuble hypothéqué conserve en principe, se trouvent, au cas de saisie de cet immeuble, restreints ou même paralysés, dans l'intérêt des créanciers hypothécaires, par l'effet, soit du commandement préalable à la saisie, soit de la transcription du procès-verbal de saisie, soit enfin de l'immobilisation des fruits attachée à cette transcription.

a. Aux termes de l'art. 684 du Code de procédure, les baux passés par le propriétaire de l'immeuble saisi peuvent être annulés, à la demande des créanciers ou de l'adjudicataire, lorsqu'ils n'ont pas acquis date certaine avant le commandement qui a servi de base à la poursuite[16]. Au cas contraire, de pareils baux seraient opposables aux créanciers, peu importe qu'ils fussent postérieurs ou antérieurs aux inscriptions prises par ces derniers, si d'ailleurs ils n'excédaient pas le terme de dix-huit-ans[17]. Quant aux baux de plus longue durée, même ayant acquis date certaine avant le commandement, ils ne peuvent, lorsqu'ils n'ont pas été transcrits antérieurement à cet acte, être opposés aux créanciers hypothécaires que pour le restant de la période de dix-huit ans, dans la-

sure d'opérer la purge de leurs acquisitions. Cette modification ne nous semble pas devoir être admise : il y a diminution des sûretés hypothécaires, dont l'objet est d'assurer l'acquittement de la dette sur le prix des immeubles hypothéqués, par cela seul que le créancier, à défaut de paiement de la part du débiteur, sera obligé de se présenter à des ordres différents et de recevoir des paiements partiels, ou même d'exercer des poursuites distinctes contre plusieurs détenteurs. Cpr. Colmet de Santerre, V, III *bis*, IV.

15 Orléans, 24 mars 1859, Sir., 59, 2, 673.

16 Un commandement même antérieur à la date certaine des baux, serait à considérer comme non avenu au point de vue qui nous occupe, s'il se trouvait périmé d'après l'art. 674 du Code de proc. Req. rej., 27 janvier 1862, Sir., 62, 1, 232.

17 Troplong, *De la transcription*, n° 202. Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcr.*, n° 231. Pont, n° 369. Req. rej., 8 avril 1863, Sir., 63, 1, 372.

quelle se trouve le preneur à la date du commandement[18]; et, dans le cas même où ils ont été transcrits avant cet acte, ils ne sont opposables que pour le temps qui vient d'être indiqué[19], et non pour toute leur durée, si la transcription n'en a eu lieu que postérieurement aux inscriptions prises par les créanciers[20].

b. Après la transcription de la saisie, le propriétaire de l'immeuble qui en a été frappé, ne peut plus l'aliéner au détriment du saisissant et des créanciers hypothécaires. Code de proc., art. 686 et 687. Les motifs et les effets de cette prohibition seront expliqués au § 351.

c. A partir de la transcription de la saisie, les fruits naturels ou civils de l'immeuble hypothéqué sont immobilisés au profit des créanciers hypothécaires, et le prix doit en être distribué entre eux,

18 Tant que le créancier hypothécaire n'a pas manifesté l'intention de poursuivre la réalisation de son gage, il n'a ni intérêt ni qualité pour demander la réduction des baux consentis par le débiteur. Mais sa position change par la signification du commandement préalable à la saisie immobilière. A partir de ce moment, il ne saurait être tenu de consentir à l'exécution, pour un temps dépassant la période de dix-huit ans en cours d'exécution, de baux qui, n'ayant pas encore été transcrits, ne peuvent lui être opposés pour une durée plus longue. Arg. art. 684 du Code de procédure. Troplong, *op. cit.*, n° 205. Flandin, *De la transcription*, II, 1270. Voy. cep. Mourlon, *Examen critique*, app. n° 349, et *Revue pratique*, *loc. cit.* D'après cet auteur, ce serait au moment de l'adjudication qu'il faudrait se placer pour régler la position du preneur.

19 Voy. sur le point de départ de ce terme : § 174, texte n° 3 et note 17.

20 Duvergier, sur l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855. Troplong, *De la transcription*, n° 201. Flandin, *De la transcription*, II, 1252 à 1260. Mourlon, *Revue pratique*, 1862, XIII, p. 325 à 332. Voy. en sens contraire : Rivière et François, *Explication de la loi sur la transcription*, n° 51. Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, n°s 219 et suiv.; Pont, n° 368. Suivant ces auteurs, les baux de plus de dix-huit ans pourraient être opposés aux créanciers hypothécaires pour toute leur durée, alors même qu'ils n'auraient été transcrits que postérieurement aux inscriptions de ces créanciers. Cette opinion méconnaît complétement, à notre avis, l'esprit de la loi du 23 mars 1855, dont toutes les dispositions sont fondées sur cette idée, qu'en cas de collision de droits soumis, pour leur conservation et leur complète efficacité, à une condition de publicité, la préférence est due à la partie qui la première a accompli la formalité de la transcription ou celle de l'inscription. Les baux excédant dix-huit années ne peuvent pas plus être opposés pour toute leur durée à des créanciers hypothécaires antérieurement inscrits, qu'ils ne pourraient l'être à un acquéreur dont le titre aurait été transcrit avant que ces baux eussent eux-mêmes été soumis à la transcription.

avec celui de l'immeuble, d'après le rang de leurs hypothèques. Code de proc., art. 682 et 685.

L'effet des cessions de fermages ou de loyers non échus que le propriétaire de l'immeuble hypothéqué aurait consenties par anticipation, peut, à raison de l'immobilisation des fruits attachée à la transcription de la saisie, se trouver restreint d'après les distinctions suivantes :

Lorsqu'une pareille cession n'a été signifiée ou acceptée, et n'est ainsi devenue efficace à l'égard des tiers en général, qu'après les inscriptions des créanciers hypothécaires, elle ne peut leur être opposée pour aucune partie des loyers ou fermages à écheoir postérieurement à la transcription de la saisie[21]. Il en est ainsi, soit

[21] La plupart des auteurs, se fondant sur ce que l'hypothèque n'enlève pas au propriétaire de l'immeuble grevé le droit d'administration et de libre jouissance, enseignent que, sauf le cas de fraude, les cessions ou quittances anticipées de loyers ou fermages non échus étaient, avant la loi du 23 mars 1855, opposables, quel qu'en fût le terme, et le sont encore aujourd'hui, lorsqu'elles ont été consenties ou délivrées pour moins de trois ans, même aux créanciers hypothécaires antérieurs. Voy. Grenier, II, 444 ; Proudhon, *De l'usufruit*, I, 87 ; Duvergier, *Du louage*, I, 464 ; Troplong, III, 777 *ter* ; Pont, n° 366 ; Flandin, *op. cit.*, II, 1281. L'opinion de ces auteurs a même été consacrée par plusieurs arrêts de cours d'appel. Voy. Rouen, 4 avril 1843, Sir., 43, 2, 413 ; Douai, 26 février 1850, Sir., 50, 2, 517 ; Colmar, 6 août 1851, Sir. 54, 2, 429 ; Nîmes, 7 juillet 1852, Sir., 53, 2, 53 ; Rouen, 18 février 1854, Sir., 56, 2, 38. Cette manière de voir, qui reconnaît au propriétaire de l'immeuble grevé d'hypothèque la possibilité légale de diminuer la valeur du gage hypothécaire, ne nous paraît pas admissible. Par l'effet même de l'hypothèque, le créancier acquiert un droit réel, non-seulement sur l'immeuble grevé lui-même, mais encore sur les fruits qu'il pourra produire. Ce droit, en tant qu'il porte sur les fruits, est, il est vrai, suspendu jusqu'au moment de l'exercice de l'hypothèque ; il ne se réalise que par les actes auxquels la loi attache l'immobilisation des fruits, et notamment par la transcription de la saisie. Mais cette immobilisation, ayant sa cause génératrice dans le droit hypothécaire, et non dans la transcription de la saisie, les effets en remontent, par cela même, au jour où le droit réel que confère l'hypothèque, est devenu efficace à l'égard des tiers, et doit ainsi assurer aux créanciers hypothécaires, quant aux fruits frappés d'immobilisation, la préférence sur les cessionnaires par anticipation de loyers ou de fermages non échus, dont le droit est purement personnel, et se trouve en réalité postérieur à celui des créanciers hypothécaires, bien que les cessions aient acquis date certaine avant la transcription de la saisie. Les considérations que nous venons de développer ont évidemment servi de base aux dispositions du premier alinéa de l'art. 2091, qui fournit ainsi un argument décisif en faveur de notre opinion. Voy. en ce sens :

que la cession ait pour objet moins de trois années de loyers ou fermages[22], soit que, portant sur plus de trois années, elle ait été transcrite antérieurement à la transcription de la saisie[23].

Quand la cession a été signifiée ou acceptée avant les inscriptions des créanciers hypothécaires, elle peut, bien qu'elle n'ait été transcrite que plus tard, leur être opposée pour toute sa durée dans le cas où elle est inférieure à trois années de loyers ou fermages non échus[24]. Que si elle avait été consentie pour un temps plus long, elle serait malgré cela encore opposable à ces créanciers, mais, bien entendu, pour moins de trois années seulement de loyers ou fermages à écheoir depuis la transcription de la saisie[25].

Tarrible, *Rép.*, v° Tiers détenteur, n° 4; Duranton, XVII, 163; Zachariæ, § 286, texte et note 9; Nîmes, 28 janvier 1810, Sir., 14, 2, 96; Civ. cass., 5 novembre 1813, Sir., 14, 1, 6; Nîmes, 24 août 1819, Sir., 20, 2, 334; Bourges, 3 février 1851, Sir., 52, 2, 425; Rouen, 1er février 1854, Sir., 56, 2, 398; Req. rej., 23 mars 1859, Sir., 60, 1, 72; Metz, 30 avril 1863, Sir., 64, 2, 191.

22 On ne saurait, sous ce rapport, appliquer à une cession de loyers ou de fermages à échéoir, qui n'a été signifiée ou acceptée que postérieurement aux inscriptions des créanciers hypothécaires, la solution que nous avons donnée pour les baux postérieurs à ces mêmes inscriptions. Si le bail d'un immeuble déjà grevé d'hypothèques peut, malgré cela, être opposé pour dix-huit années aux créanciers antérieurement inscrits, la raison en est que, restreint à ce terme, la loi le considère comme n'affectant pas la valeur de l'immeuble hypothéqué. Mais il en est autrement d'une cession anticipée de loyers ou de fermages qui, si elle devait être maintenue, restreindrait l'effet de l'immobilisation des fruits et diminuerait nécessairement la valeur de l'immeuble grevé.

23 Gauthier, *Résumé sur la transcription*, n° 187. Flandin, *op. cit.*, II, 1281. Mourlon, *De la transcription*, n° 503. Riom, 11 décembre 1860, Sir., 62, 2, 415. Voy. en sens contraire : Rivière et Huguet, *op. cit.*, n° 231; Pont, n° 368. L'opinion de ces auteurs, sur ce point, se rattache à celle qu'ils admettent relativement aux baux de plus de dix-huit ans ; elle se réfute par les raisons développées à la note 20 *supra*.

24 Pont, n° 366. Req. rej., 6 mai 1867, Sir., 67, 1, 233.

25 La proposition énoncée au texte a été contestée, par le motif que les cessions anticipées qui portent sur trois années ou plus de loyers ou fermages étant présumées suspectes, ne pouvaient être maintenues même pour moins de trois années. Voy. Troplong, *De la transcription*, n° 209; Sellier, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, n° 92; Gauthier, *op. cit.*, n° 1855; Riom, 11 décembre 1860, Sir., 62, 2, 415. Le point de vue auquel se place cette opinion, nous paraît complétement inexact. Si le législateur de 1855 a cru devoir soumettre à la formalité de la transcription, les cessions portant sur trois années ou

Enfin, si la formalité de la signification ou de l'acceptation, et celle de la transcription ont été accomplies l'une et l'autre à une date antérieure aux inscriptions des créanciers hypothécaires, la cession peut, sauf le cas de fraude, leur être opposée pour toute sa durée, même en ce qui concerne les loyers ou fermages à écheoir postérieurement à la transcription de la saisie.

Les distinctions précédentes doivent être appliquées, *mutatis mutandis*, aux quittances constatant des paiements par anticipation de loyers ou de fermages non échus. De pareilles quittances ne peuvent être opposées aux créanciers hypothécaires pour aucune partie des loyers ou fermages à écheoir postérieurement à la transcription de la saisie, lorsqu'elles n'ont pas acquis date certaine antérieurement à leurs inscriptions. Au cas contraire, elles leur sont opposables, pour moins de trois ans, si elles n'ont pas été transcrites avant ces inscriptions, et pour toute leur durée dans le cas où la transcription en a été opérée à une date antérieure [26].

L'influence que l'immobilisation des fruits attachée, soit à la sommation faite au tiers détenteur de payer ou de délaisser, soit

plus de loyers ou fermages à écheoir, ce n'est pas qu'il les ait considérées comme étant plus suspectes que celles qui ont été consenties pour une durée moindre, mais par la raison que de pareils actes affectant la valeur de la propriété d'une manière d'autant plus sensible qu'ils se rapportent à un plus long espace de temps, il devenait nécessaire de les porter à la connaissance du public, lorsque l'effet doit s'en prolonger au delà d'un certain terme. *Rapport* de M. Debelleyme, Sir., *Lois annotées*, 1855, p. 27, n° 3. Nous ne comprendrions pas, d'un autre côté, que l'absence de transcription dût avoir pour effet d'entacher de suspicion des actes ayant d'ailleurs acquis date certaine, et que l'accomplissement de cette formalité eût, au contraire, pour résultat de les purger de tout soupçon de fraude. Enfin, comme les baux de plus de dix-huit ans, que la loi du 23 mars 1855 soumet à la formalité de la transcription, peuvent, quoique non transcrits, être opposés aux tiers pour une durée de dix-huit années, on ne verrait pas pourquoi les cessions de loyers ou fermages à écheoir, qui ne sont sujettes à transcription que lorsqu'elles ont été consenties pour trois ans ou plus, ne seraient pas également, en l'absence de cette formalité, opposables aux tiers pour un laps de temps inférieur à trois années. Flandin, *op. cit.*, II, 1279 et 1280.

[26] Voy. sur ces différentes propositions, les autorités citées aux notes 21 à 25 *supra*. Il n'existe, au point de vue qui nous occupe, d'autre différence entre les cessions et les quittances anticipées, si ce n'est qu'il ne peut, quant à ces dernières, être question des formalités prescrites par l'art. 1690, et que, hors le cas où elles sont soumises à transcription, le seul point à examiner est celui de savoir si elles ont ou non acquis date certaine avant les inscriptions des créanciers hypothécaires.

à la notification à fins de purge émanée de l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué, doit exercer sur le sort des cessions ou quittances anticipées de loyers ou de fermages, consenties ou délivrées par l'ancien propriétaire de cet immeuble, sera expliquée aux §§ 287 et 294.

4° Lorsque les immeubles conventionnellement constitués en hypothèque ont, par suite de cas fortuit ou de force majeure[27], totalement péri, ou subi des dégradations telles qu'ils ne suffisent plus à la sûreté de la créance[28], le créancier peut exiger le remboursement immédiat de cette dernière, à moins que le débiteur n'offre de lui consentir une nouvelle affectation hypothécaire, ou de lui fournir un supplément d'hypothèque[29]. Art. 2181.

Cette règle s'applique même au cas où les immeubles hypothéqués, se trouvant entre les mains de tiers détenteurs, ont subi des dégradations par le fait de ces derniers, de telle sorte que le débiteur peut être contraint au remboursement de la créance, s'il ne fournit pas un supplément d'hypothèque[30].

[27] C'est à cette hypothèse que s'applique, d'après son texte même, l'art. 2131; tandis que l'art. 1188 suppose une perte ou une détérioration provenant du fait du débiteur.

[28] Dans le cas que prévoit l'art. 1188, le débiteur est privé du bénéfice du terme, par cela seul que les sûretés ont été diminuées. Toullier, VI, 667. Zachariæ, § 303, note 9. Au contraire, dans l'hypothèse indiquée par l'art. 2131, il faut, en outre, qu'elles soient devenues insuffisantes pour la garantie des droits du créancier.

[29] L'art. 2131 porte à la vérité que le créancier peut, ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque, ce qui semblerait lui laisser l'option entre l'exercice de l'une ou de l'autre de ces facultés. Mais cette interprétation ne nous paraît pas admissible. On comprend que, dans le cas où les sûretés ont été diminuées par le fait même du débiteur, ce dernier soit, conformément à l'art. 1188, privé d'une manière absolue du bénéfice du terme, sans pouvoir arrêter l'action en remboursement en offrant un supplément d'hypothèque. Mais il en est tout autrement, lorsque, la diminution des sûretés ayant eu lieu par cas fortuit ou force majeure, aucune contravention n'a été commise à la loi du contrat; et il y aurait, dans cette hypothèse, injustice évidente à donner au créancier le droit de poursuivre en remboursement le débiteur qui offrirait un supplément d'hypothèque. Delvincourt, III, 309. Persil, sur l'art. 2131, n° 2. Grenier, I, 64. Duranton, XI, 121, et XIX, 380. Troplong, II, 542. Pont. n° 692. Zachariæ, § 266, texte, notes 25 et 26, et § 303, note 9. Rouen, 10 mai 1839, Dalloz, *Rép.*, v° Priviléges et Hypothèques, n° 1333. Voy. en sens contraire : Civ. cass., 17 mars 1818, Sir., 18, 1, 260.

[30] Orléans, 24 mars 1859, Sir., 59, 2, 673.

Mais le créancier ne serait pas admis à invoquer la disposition de l'art. 2131, sous le prétexte de l'insuffisance des sûretés hypothécaires, si cette insuffisance avait déjà existé au moment de la constitution de l'hypothèque[31], ou si elle était le résultat d'une dépréciation de valeur indépendante de toute détérioration ou dégradation de l'immeuble[32].

§ 287.

De la poursuite hypothécaire contre le tiers détenteur, et des rapports que l'hypothèque établit entre lui et les créanciers hypothécaires.

1° *Du droit de poursuite du créancier.*

Le créancier hypothécaire, dont la créance est devenue exigible[1], peut, lorsque l'immeuble hypothéqué a passé entre les mains d'un tiers détenteur, en poursuivre l'expropriation contre ce dernier, comme il eût pu le faire contre le débiteur personnel de cette créance[2]. Art. 2166 et 2167.

[31] Persil, sur l'art. 2131, n° 5. Duranton, XIX, 383. Pont, n° 693. Voy. en sens contraire : Riom, 24 août 1810, Sir., 13, 2, 221.

[32] Duranton, XIX, 382. Pont, *loc. cit.*

[1] D'après l'art. 2167, le tiers détenteur jouit, en effet, des termes et délais accordés au débiteur personnel, même de ceux de grâce, de sorte que la dette hypothécaire ne peut être poursuivie contre lui que lorsqu'elle est devenue exigible à l'égard de ce dernier. Persil, sur l'art. 2167. Grenier, II, 361. Troplong, III, 788. Pont, n° 1131. Zachariæ, § 287, texte et note 4. Voy. cep. Duranton, XX, 232; Taulier, VII, p. 381. — Mais aussi la poursuite est-elle permise contre le tiers détenteur, par cela seul que la dette est devenue exigible, n'importe par quelle circonstance, vis-à-vis du débiteur personnel, par exemple par suite de la faillite de celui-ci. Delvincourt, III, p. 379. Martou, III, 1252. Pont, *loc. cit.* Dalloz, *Rép.*, v° Priv. et Hyp., n° 1780. Voy. en sens contraire : Duranton, XX, 229; Taulier, *loc. cit.*

[2] Dans notre ancien Droit, d'après lequel les hypothèques étaient occultes, le créancier ne pouvait provoquer, par forme de décret, la vente de l'immeuble hypothéqué sur le tiers détenteur, qu'après avoir, au moyen de l'action hypothécaire, fait condamner ce dernier à payer ou à délaisser. Aujourd'hui que, suivant l'art. 2167, le tiers détenteurs se trouve, *par l'effet seul des inscriptions*, hypothécairement obligé, cette action n'a plus d'objet ; elle devrait donc être déclarée frustratoire et non recevable. Grenier, II, 339. Zachariæ, § 287, note 1re. Colmar, 15 janvier 1808, Sir., 10, 2, 537. Paris, 25 décembre 1808, Sir., 9, 2, 50. Civ. rej., 6 mai 1811, Sir., 12, 1, 43. Civ. cass., 27 avril 1812, Sir., 12, 1, 300. Nîmes, 18 novembre 1830, Sir., 31, 2, 146. Voy. en sens con-

Toutefois, son droit de poursuite est subordonné aux conditions et modifications déterminées par les art. 2169 et 2183.

Aux termes de l'art. 2169, le créancier doit avant tout faire, au débiteur personnel de la dette hypothécaire[3], un commandement dans la forme réglée par l'art. 673 du Code de procédure[4], puis ensuite adresser au tiers détenteur une sommation de payer cette dette ou de délaisser l'immeuble hypothéqué[5]. Ce n'est que trente jours après la date de cette sommation qu'il peut être donné suite à la saisie sur le tiers détenteur.

La sommation de payer ou de délaisser, dont l'efficacité se trouve ainsi subordonnée à la signification préalable d'un commandement au débiteur personnel[6], se fait dans la forme ordinaire des ex-

traire : Bordeaux, 11 avril 1810, Sir., 11, 2, 87. Mais, à côté de l'action hypothécaire proprement dite, on admettait encore, dans notre ancienne pratique, la demande en déclaration ou en reconnaissance de l'hypothèque, comme moyen d'interrompre la prescription au regard du tiers détenteur. Une pareille demande serait encore aujourd'hui, comme elle l'était autrefois, recevable et nécessaire au cas où, la créance hypothécaire n'étant pas encore exigible, le créancier se trouverait dans l'impossibilité d'agir par voie de sommation. Voy. les autorités citées à la note 24 du § 213.

[3] C'est ainsi qu'on doit entendre les termes des art. 2167 et 2169, *débiteur originaire*, dont l'exactitude est très-contestable, en ce qu'ils supposeraient une succession de débiteur qui n'existe pas. Cpr. Civ. rej., 17 janvier 1816, Sir., 16, 1, 145.

[4] On a prétendu que le commandement exigé par l'art. 2169 du Code Napoléon n'est pas soumis aux règles établies par les art. 673 et 674 du Code de procédure. Cette manière de voir, que repousse l'art. 2217, auquel se réfère évidemment l'art. 2169, ne nous paraît pas devoir être admise. Cpr. texte et notes 9 à 11 *infra*.

[5] L'héritier, même partiaire, du débiteur de la dette hypothécaire, qui détient l'immeuble hypothéqué, n'étant pas un tiers détenteur dans le véritable sens du mot, il n'y a pas lieu de lui faire la sommation prescrite par l'art. 2169, et la poursuite en expropriation peut être dirigée contre lui après un simple commandement. Req. rej., 19 juillet 1837, Sir., 37, 1, 675. Civ. rej., 2 décembre 1867, Sir., 68, 1, 161.

[6] La plupart des auteurs, tout en reconnaissant que, dans l'ordre rationnel, et d'après la construction grammaticale de l'art. 2169, le commandement doit précéder la sommation, enseignent cependant que celle-ci ne serait pas viciée de nullité pour avoir été signifiée en premier lieu. Voy. Grenier, II, 341 ; Troplong, III, 791 ; Taulier, VII, p. 380 ; Martou, III, 1267 ; Pont, n° 1144; Zachariæ, § 287, texte et note 12. Voy. aussi dans ce sens : Riom, 6 août 1842, Sir., 42, 2, 483; Amiens, 15 janvier 1847, Sir., 48, 2, 734. Mais cette opinion

ploits. Elle n'est pas assujettie aux formalités spéciales prescrites pour le commandement; ainsi, il n'est pas nécessaire qu'elle contienne copie des titres en vertu desquels le créancier agit[7]. Mais elle doit, à peine d'inefficacité, donner une désignation suffisante de l'immeuble auquel elle s'applique[8].

La péremption dont se trouve frappé, d'après l'art. 674 du Code de procédure, le commandement qui n'a pas été mis à exécution dans les quatre-vingt-dix jours de sa date, s'applique au commandement exigé par l'art. 2169[9]. Il en résulte que ce commandement devrait, à peine de nullité de la poursuite, être réitéré, si la sommation au tiers détenteur n'avait point été faite dans le délai de quatre-vingt-dix jours qui vient d'être indiqué[10], ou si,

conduirait à des conséquences qui doivent la faire rejeter. En effet, aux termes de l'art. 2183, le tiers détenteur est déchu de la faculté de purger après les trente jours à dater de la sommation qui lui a été adressée; et c'est uniquement à raison de la déchéance de cette faculté que, suivant l'art. 2169, il est permis de procéder contre lui par voie de saisie. Or, si le commandement pouvait être fait valablement après la sommation, et pendant les trois années durant lesquelles celle-ci conserve son effet, le tiers détenteur pourrait se trouver déchu de la faculté de purger longtemps avant qu'il fût passible de la saisie, ce qui détruirait complétement l'harmonie qui existe entre les dispositions des art. 2169 et 2183. D'un autre côté, la sommation de payer ou de délaisser doit produire, d'après l'art. 2176, l'immobilisation des fruits de l'immeuble hypothéqué; et il serait inexplicable qu'un pareil effet fût attaché à cet acte, alors même que, n'ayant pas été précédé d'un commandement, le créancier ne se trouverait pas en mesure de procédér à la saisie. Ces observations prouvent jusqu'à l'évidence, à notre avis, que le législateur a considéré la signification d'un commandement au débiteur personnel, comme le préliminaire indispensable de la sommation à faire au tiers détenteur, et comme la condition essentielle de son efficacité. Persil, sur l'art. 2169, n° 2. Duranton, XX, 368. Caen, 9 août 1824, Sir., 25, 2, 336. Toulouse, 29 juin 1836, Sir., 37, 2, 27. Req. rej., 2 mars 1840, Sir., 40, 1, 345. Nîmes, 10 décembre 1850, Dalloz, 1851, 2, 205. Nîmes, 28 janvier 1856, Sir., 56, 2, 301.

[7] Troplong, III, 794. Pont, n° 1150. Civ. cass., 16 avril 1821, Sir., 21, 1, 444. Douai, 18 mai 1836, Sir., 37, 2, 328. Bourges, 1er avril 1839, Sir., 39, 2, 449. Bordeaux, 15 mai 1839, Sir., 39, 2, 389. Paris, 17 janvier 1840, Sir., 40, 2, 53. Riom, 6 août 1842, Sir., 42, 2, 483.

[8] Req. rej., 6 juin 1860, Sir., 61, 1, 356.

[9] Arg. art. 2217 cbn. 2169. Voy. texte et note 4 *supra*. Pont, n° 1147. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 790; Duranton, XX, 240.

[10] Civ. rej., 14 mai 1839, Sir., 39, 1, 569. Req. rej., 16 mai 1843, Sir., 44, 1, 283.

cette sommation ayant été signifiée en temps utile, la saisie elle-même n'avait pas été pratiquée dans ce délai [11]. Quant à la sommation faite au tiers détenteur, son effet dure trois ans ; et il ne devient nécessaire de la réitérer qu'autant que la saisie immobilière n'a pas eu lieu avant l'expiration de ce terme [12].

Le tiers détenteur est admis à faire valoir, non-seulement l'inefficacité de la sommation qui lui a été adressée, mais encore la nullité ou la péremption du commandement signifié au débiteur personnel [13].

[11] Montpellier, 29 novembre 1824, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2, 450. Nîmes, 12 février 1833, Sir., 33, 2, 178. Rouen, 8 mars 1839, Sir., 39, 2, 387. Amiens, 31 décembre 1839, Sir., 41, 2, 190. Douai, 14 décembre 1840, Sir., 40, 2, 475. Req. rej., 25 novembre 1862, Sir., 63, 1, 149. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 23 avril 1831, Sir., 31, 2, 328; Amiens, 10 mai 1837, Sir., 38, 2, 196 ; Limoges, 5 mars 1842, Sir., 42, 2, 481. La Chambre des requêtes s'était également prononcée dans ce sens (9 mars 1836, Sir., 36, 1, 277); mais à partir de l'arrêt du 16 mai 1843, cité à la note précédente, elle a abandonné cette manière de voir et s'est rangée à l'opinion de la Chambre civile.

[12] Art. 2176 et arg. de cet article. Zachariæ, § 287, note 13. Nîmes, 20 novembre 1822, Sir., 36, 1, 281, à la note. Poitiers, 27 novembre 1833, Sir., 34, 2, 166. Voy. en sens contraire : Limoges, 24 août 1821, et 5 mars 1842, Sir., 21, 2, 297, et 42, 2, 481. Suivant ces arrêts, lasommation se périmerait, comme le commandement, au point de vue du moins du droit de saisie, par l'expiration du terme de quatre-vingt-dix jours. Mais en étendant à la sommation signifiée au tiers détenteur, une péremption qui n'est prononcée que pour le commandement, la Cour de Limoges n'a pas tenu compte de la nature différente de ces deux actes. On ne comprendrait d'ailleurs pas que la sommation, tout en conservant ses effets quant à l'immobilisation de fruits, tombât en péremption en ce qui concerne le droit de saisir, alors cependant que cette immobilisation n'est évidemment, elle-même, qu'une conséquence de ce droit. — Voy. aussi : Poitiers, 21 juillet 1842, Sir., 44, 1, 285. Cet arrêt a décidé que la sommation au tiers détenteur ne se périme, quant au droit de saisir, ni par le terme de quatre-vingt-dix jours, ni même par celui de trois ans, et conserve, sous ce rapport, son effet pendant trente ans. Cette solution nous paraît également en opposition formelle avec l'art. 2176.

[13] L'efficacité de la sommation au tiers détenteur étant subordonnée à la signification d'un commandement préalable au débiteur personnel, il en résulte nécessairement que le tiers détenteur a qualité pour faire valoir toutes les nullités dont le commandement se trouve entaché, ainsi que sa péremption. Nîmes, 6 juillet 1812, Sir., 13, 2, 259. Civ. rej., 14 mai 1839, Sir., 39, 1, 569. Req. rej., 18 février 1852, Dalloz, 1852, 1, 241. Voy. cep. Persil, sur l'art. 2169, n° 12 ; Grenier, II, 343 ; Zachariæ, § 287, texte et note 12 ; Troplong, III, 795 ; Taulier, VII, p. 381 ; Pont, n° 1148. D'après ces auteurs, le tiers détenteur

Le tiers détenteur, touché de la sommation de payer ou de délaisser, jouit encore, pendant les trente jours qui suivent cet acte, de la faculté de purger son acquisition[14]. Art. 2183. Faute de l'avoir exercée dans ce délai, il demeure définitivement soumis à l'obligation de payer l'intégralité de la dette hypothécaire, en capital, intérêts et frais[15], ou de délaisser l'immeuble hypothéqué. Art. 2168.

Du reste, le refus du tiers détenteur de payer la dette hypothécaire ou de délaisser l'immeuble hypothéqué, n'autorise pas les tribunaux à prononcer contre lui des condamnations personnelles au profit du créancier, qui n'a, en pareil cas, d'autre droit que celui de poursuivre la vente forcée de cet immeuble sur le tiers détenteur lui-même[16].

2° *Des exceptions que le tiers détenteur peut opposer à la poursuite.*

Le tiers détenteur, qui est toujours admis à se prévaloir de la non-existence ou de l'extinction du droit hypothécaire, ainsi que de la nullité de l'inscription, ou de l'inexigibilité de la dette, peut encore s'opposer à la poursuite au moyen des exceptions de discussion et de garantie.

a. L'exception de discussion est celle par laquelle le tiers détenteur demande qu'avant de procéder à l'expropriation de l'immeuble qui se trouve entre ses mains, le créancier ait à poursuivre la vente d'autres immeubles. Art. 2170.

serait bien admis à faire valoir les nullités se rattachant à ce qu'ils appellent la substance du commandement ou le fond du droit, mais n'aurait pas qualité pour opposer les nullités de pure forme. Cette distinction, qui ne se justifiait même pas sous l'empire de l'ancien Code de procédure, est formellement repoussée par l'art. 715 de ce Code, tel qu'il a été complété par la loi du 2 juin 1841. Il résulte, en effet, du rapprochement des al. 1 et 3 de cet article, que toute personne intéressée a le droit de faire valoir les nullités dont le commandement peut se trouver entaché pour inobservations des formalités et délais prescrits par les art. 673 et 674.

[14] Voy. sur la faculté de purger : § 294.

[15] L'art. 2168 ne mentionne pas, il est vrai, les frais ; mais il doit être combiné avec l'art. 2167, qui déclare le tiers détenteur obligé à toutes les dettes hypothécaires. Troplong, III, 788. Toulouse, 4 février 1829, Sir., 29, 2, 196. — Il est, du reste, bien entendu que l'obligation de payer les intérêts et les frais ne s'applique qu'à ceux de ces accessoires qui sont dus hypothécairement. Cpr. § 285, texte n° 3 et note 10.

[16] Zachariæ, § 287, note 7. Civ. cass., 27 avril 1812, Sir., 12, 1, 300.

Le tiers détenteur n'est admis à proposer l'exception de discussion, qu'autant qu'il n'est pas personnellement obligé à la dette, soit comme débiteur principal, soit comme caution [17].

L'héritier, détenteur de l'un des immeubles hypothéqués par le défunt, se trouvant personnellement obligé à la dette, et ne pouvant forcer le créancier à recevoir divisément le paiement de sa part, n'est pas recevable à lui opposer, sous l'offre de ce paiement, l'exception de discussion [18]. Mais cette exception deviendrait admissible, si le créancier avait volontairement accepté le paiement de la part personnelle de l'héritier.

Les mêmes règles s'appliquent au codébiteur conjoint, qui se trouverait détenteur d'un immeuble hypothéqué pour sûreté de la dette commune.

Le tiers détenteur ne peut faire valoir l'exception de discussion que lorsqu'il existe d'autres immeubles hypothéqués à la dette, et que ces immeubles se trouvent en la possession du principal ou des principaux obligés [19]. Les termes *principal ou principaux obligés* ne désignent que le débiteur unique ou les codébiteurs, et ne comprennent, ni la caution qui a fourni une hypothèque pour sûreté de son engagement personnel [20], ni, à plus forte raison, le

[17] La caution, poursuivie en cette qualité sur ses propres biens, peut sans doute faire valoir l'exception de discussion établie par l'art. 2021. Mais lorsqu'elle est poursuivie comme tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué par le débiteur principal, elle est non recevable à proposer l'exception de discussion admise par l'art. 2170, puisqu'elle se trouve personnellement obligée à la dette. Persil, sur l'art. 2170, n° 2. Duranton, XX, 245. Troplong, III, 797. Pont, n° 1160.

[18] Art. 1221, al. 1, 2 et 7. Cpr. § 636, texte n° 2.

[19] Cpr. Duranton, XX, 246; Troplong, III, 801; Zachariæ, § 287, texte et note 17; Req. rej., 23 février 1806, Sir., 20, 1, 454; Bordeaux, 6 août 1833, Sir., 34, 2, 51.

[20] Persil, sur l'art. 2170, n° 2. Ponsot, *Du cautionnement*, p. 331. Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 1917. Voy. en sens contraire: Troplong, III, 800 *bis;* Pont, n° 1164; Zachariæ, § 287, note 18. Suivant ces auteurs, la caution serait comprise au nombre des personnes que l'art. 2170 qualifie de *principaux obligés*. Mais cette interprétation répugne au sens naturel et ordinaire de ces expressions. La caution n'est pas plus que le tiers détenteur, un obligé principal, puisqu'elle ne doit pas pour elle-même, et qu'elle n'est tenue qu'accessoirement de la dette d'autrui. — D'ailleurs si, comme cela n'est pas contestable, les termes *le principal obligé* ne peuvent s'entendre que du débiteur lui-même, on ne saurait ad-

tiers qui a constitué une hypothèque sans s'obliger personnellement.

L'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié, ni à celui dont l'hypothèque est spéciale, sans qu'il y ait même de différence à faire, à cet égard, entre l'hypothèque conventionnelle ordinaire et celle qui a été constituée conformément à l'art. 2130[21]. Art. 2171.

Le tiers détenteur qui veut faire usage du bénéfice de discussion, doit se conformer aux règles prescrites en pareil cas à la caution. Art. 2170. Ainsi, il est tenu de faire l'avance des frais que nécessitera la discussion, et ne peut indiquer, pour être discutés, ni des immeubles situés hors du ressort de la cour impériale du lieu du paiement[22], ni des biens litigieux[23]. Art. 2023. Ainsi encore, il doit proposer son exception sur les premières poursuites dirigées contre lui, c'est-à-dire immédiatement après la dénonciation de la saisie[24]. Art. 2022.

mettre que le législateur ait voulu, en donnant aux mots *les principaux obligés* un sens plus étendu, y comprendre des personnes qui ne seraient pas tenues de la dette pour elles-mêmes.

[21] Persil, sur l'art. 2171, n° 4. Duranton, XX, 250. Troplong, III, 808. Pont, n° 1161. Cpr. Zachariæ, § 287, note 21. Voy. en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, v° Tiers détenteur, § 8 ; Grenier, II, 326. Si nous avons admis, au § 282, texte et note 6, qu'au point de vue de la réduction, l'hypothèque constituée dans les termes de l'art. 2130 peut être assimilée à une hypothèque générale, c'est que, d'après l'intention des parties, l'hypothèque sur les biens à venir ne doit, en pareil cas, que former le complément des sûretés nécessaires à la garantie de la créance. Tandis que, dans l'hypothèse dont il s'agit actuellement, ce n'est plus eu égard à l'intention des parties, mais uniquement d'après les dispositions légales relatives au bénéfice de discussion, que la question doit être résolue.

[22] Persil, sur l'art. 2170, n° 7. Delvincourt, III, p. 380. Troplong, III, 801. Pont, n° 1164. Voy. en sens contraire : Duranton, XX, 246.

[23] Cpr. Bordeaux, 6 août 1833, Sir., 34, 2, 51.

[24] La sommation de payer ou de délaisser n'est point elle-même un acte de poursuite, mais un simple préliminaire de la poursuite, qui ne se réalise que par la saisie ; et comme celle-ci n'est censée connue du saisi que par la dénonciation qui doit lui en être faite, c'est à partir seulement de cette dénonciation que le tiers détenteur se trouve légalement constitué en demeure de faire valoir son exception de discussion. Cpr. en sens divers : Troplong, III, 801 ; Persil, sur l'art. 2170, n° 9 ; Joccotton, *Revue de législation*, 1852, II, p. 262 ; Pont, n° 1165 ; Bourges, 31 décembre 1830, Sir., 31, 2, 265 ; Toulouse, 30 avril 1836, Sir., 37, 2, 23 ; Bordeaux, 6 décembre 1839, Sir., 40, 2, 208 ; Bourges, 6 décembre 1839, Sir., 40, 2, 311.

b. L'exception de garantie, fondée sur la maxime *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, est ouverte au tiers détenteur, toutes les fois que le créancier qui le poursuit, se trouve personnellement soumis envers lui à la garantie de l'éviction qu'il lui ferait subir [25].

Les exceptions de *priorité d'hypothèque*, de *cession d'action*, et celle *pour raison d'impenses*, dont le tiers détenteur jouissait sous notre ancienne jurisprudence, ne lui ayant été, ni explicitement, ni implicitement, accordées par le Code Napoléon, ne doivent plus être admises aujourd'hui [26].

Ainsi, le tiers détenteur qui, de son chef ou par subrogation, se trouve pourvu d'hypothèques antérieures à celle du créancier poursuivant, fût-ce pour une somme égale ou supérieure à la valeur de l'immeuble qu'il détient, ne peut puiser dans cette circonstance un motif légitime de s'opposer aux poursuites dirigées contre lui [27]. Il n'est pas même admis à demander que le poursuivant lui fournisse caution de faire porter l'immeuble à un prix assez élevé pour qu'il ne soit pas constitué en perte par le fait de la poursuite [28]. A plus forte raison ne pourrait-il pas se prévaloir de ce que la totalité du prix de l'immeuble se trouverait, en cas d'expropriation, absorbée par des créanciers ayant des hypothèques d'une date antérieure à celle du poursuivant [29].

[25] Cpr. § 355. Persil, sur l'art. 2170, n° 8. Battur, III, 518. Grenier, II, 334. Troplong, III, 806. Pont, n° 1167.

[26] Sous l'empire d'une législation qui admettait l'hypothèque occulte, on avait dû traiter le tiers détenteur avec ménagement, en admettant en sa faveur certaines exceptions, plutôt fondées sur des considérations d'équité que sur les principes du Droit. Mais les mêmes motifs de faveur n'existent pas dans notre régime hypothécaire actuel, dont la publicité forme l'une des bases.

[27] L'art. 2169 donne, en effet, à *chaque* créancier hypothécaire, abstraction faite du rang qu'il occupe, le droit de faire vendre l'immeuble hypothéqué. Grenier, II, 335. Troplong, III, 804. Pont, n° 1143. Zachariæ, § 287, note 15 *bis*.

[28] La loi n'impose pas au créancier poursuivant, se trouvât-il le dernier en rang, l'obligation de garantir les créanciers antérieurs contre les suites d'une saisie immobilière qu'il était autorisé à pratiquer. D'ailleurs, le rang des créanciers ne devant être débattu et définitivement arrêté que par l'ordre, on ne peut, avant la clôture de cette opération, admettre la priorité de telle ou telle hypothèque. Martou, III, 1172. Pont, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Grenier, *loc. cit.*; Troplong, III, 805.

[29] Zachariæ, § 287, note 10. Civ. cass., 10 février 1818, Sir., 18, 1, 173.

D'un autre côté, le tiers détenteur n'est pas recevable à repousser les poursuites dont il est l'objet, par le motif que le créancier, en renonçant aux sûretés attachées à la créance, ou en négligeant de les conserver, l'aurait privé de l'effet utile de la subrogation légale, établie en sa faveur [30]. Il en serait cependant autrement, dans le cas où la renonciation du créancier aurait été le résultat, soit d'un concert frauduleux arrêté avec le débiteur ou d'autres créanciers, soit d'une volonté positive de nuire au tiers détenteur [31].

[30] L'opinion contraire, soutenue par un assez grand nombre d'auteurs, se fonde sur l'art. 2037, dont elle étend la disposition, par voie d'analogie, de la caution au tiers détenteur. Mais cette prétendue analogie n'existe pas en réalité : si la caution et le tiers détenteur ont cela de commun, qu'ils ne sont tenus que pour le débiteur principal et personnel, leur position est à tous autres égards essentiellement différente. En effet, la caution qui s'est obligée au paiement d'une dette hypothécaire, est fondée à dire qu'elle l'a fait en considération de l'hypothèque, et dans l'espérance de pouvoir l'exercer elle-même, au moyen de la subrogation, pour se faire rembourser de ce qu'elle aurait à payer à la décharge du débiteur principal. L'on comprend ainsi que le législateur ait subordonné l'action du créancier à la conservation de l'hypothèque en vue de laquelle la caution s'est engagée ; mais les mêmes considérations ne militaient pas en faveur du tiers détenteur. D'un autre côté, la caution n'a aucun moyen d'empêcher le débiteur d'aliéner les immeubles hypothéqués, et de se garantir contre le préjudice qui pourrait résulter pour elle de l'insolvabilité du débiteur ; tandis que le tiers détenteur peut, en usant de la faculté de purger, se mettre à l'abri de toute perte, et que, s'il paie son prix sans avoir purgé, il commet une imprudence dont il doit supporter les suites. Dupret, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 401 et 505. Mourlon, *Des subrogations*, p. 528. Gauthier, *De la subrogation*, n° 513 et suiv. Martou, III, 1275. Pont, n° 1168. Req. rej., 22 décembre 1846, Sir., 47, 1, 86. Civ. cass., 17 mars 1852, Sir., 52, 1, 427. Bourges, 11 juin 1855, Sir., 55, 2, 636. Chambéry, 31 août 1861, Sir., 62, 2, 219. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 265 ; Toullier, VII, 172 ; Grenier, II, 332 ; Battur, III, 509 ; Ponsot, *Du cautionnement*, n° 336 ; Zachariæ, § 287, texte et note 23 ; Civ. cass., 23 janvier 1815, Sir., 15, 1, 258 ; Bastia, 2 février 1846, et 22 décembre 1847, Sir., 48, 2, 10 et 11. — M. Troplong, qui, dans son *Commentaire des hypothèques* (III, 807), avait admis l'exception *cedendarum actionum* en faveur de tout tiers détenteur indistinctement, a depuis, dans son *Commentaire du cautionnement* (n° 562), modifié son opinion. Partant de l'idée que l'exception *cedendarum actionum*, telle qu'elle est établie par l'art. 2037, est un corollaire du bénéfice de discussion, il ne l'accorde plus qu'au tiers détenteur qui se trouve dans les conditions requises pour invoquer ce bénéfice. Mais le point de vue auquel s'est placé le savant magistrat, n'est point exact, ainsi que nous espérons l'établir au § 429.

[31] Arg. art. 1382. Cpr. § 298. Req. rej., 22 avril 1856, Sir., 58, 1, 392.

Enfin, le tiers détenteur ne peut, pour arrêter les poursuites dirigées contre lui, demander à retenir l'immeuble hypothéqué jusqu'au remboursement des impenses nécessaires ou utiles qu'il y a faites [32].

Du reste, le tiers détenteur ne saurait, pour résister aux poursuites auxquelles il se trouve soumis, se prévaloir des clauses de son contrat, relatives au mode de paiement ou à l'époque de l'exigibilité du prix [33]. Mais il est autorisé, en formant opposition à la sommation de payer ou de délaisser, à mettre en cause les détenteurs des autres immeubles hypothécairement affectés à la dette, dans le but de les faire condamner, par voie de recours en indemnité, à contribuer au paiement de cette dette, proportionnellement à la valeur des immeubles que chacun d'eux détient [34].

3° *Du délaissement.*

Le délaissement est un moyen donné au tiers détenteur pour éviter que la poursuite en expropriation ne soit dirigée ou continuée contre lui-même.

La loi n'ayant pas fixé de terme après lequel le délaissement ne pourrait plus avoir lieu, le tiers détenteur est encore admis à l'effectuer même après la saisie de l'immeuble hypothéqué [35].

32 Le droit de rétention que l'on accorderait au tiers détenteur, serait incompatible avec le droit de poursuite du créancier, auquel on ne peut, en l'absence de toute disposition formelle de la loi, imposer l'obligation de rembourser au tiers détenteur, préalablement à l'expropriation, le montant de la mieux-value résultant de ses impenses. Grenier, II, 335. Troplong, III, 836. Duranton, XX, 272. Martou, III, 1322. Pont, n° 1208. Zachariæ, § 287, note 32. Bastia, 2 février 1846, Sir., 48, 2, 10. Voy. en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. IV, n° 5 ; Battur, III, 491 à 507 ; Glasson, *Du droit de rétention*, p. 140 et 141. Cpr. aussi : Douai, 10 mars 1841, Sir., 40, 2, 289.

33 Req. rej., 9 juin 1859, Sir., 60, 1, 277.

34 Douai, 27 mai 1840, Sir., 40, 2, 468. Angers, 10 mars 1841, Sir., 41, 2, 187.

35 Arg. art. 2173. Martou, III, 1304. Pont, n° 1186. Paris, 10 janvier 1851 et 17 février 1853, Sir., 55, 2, 630 et 631. Angers, 14 juillet 1855, Sir., 55, 2, 629. Lyon, 4 décembre 1860, Sir., 61, 2, 515. Voy. en sens contraire : Persil, *Rég. hyp.*, sur l'art. 2173, n° 2, et *Quest. hyp.*, I, 450 ; Delvincourt, III, p. 379 ; Duranton, XX, 262 ; Favard, *Rép.*, v° Délaissement par hypothèque, n° 7.

La circonstance que ce dernier aurait reconnu la dette hypothécaire, ou qu'il aurait été condamné à la payer en sa seule qualité de tiers détenteur, n'apporterait aucun obstacle au délaissement. Art. 2173.

La faculté de délaisser est soumise à la double condition que le tiers détenteur ne soit pas personnellement obligé à la dette, et qu'il soit capable d'aliéner l'immeuble devant former l'objet du délaissement. Art. 2172.

Il suit de la première de ces conditions, que le tiers détenteur n'est point admis à délaisser, lorsqu'il se trouve personnellement engagé, comme codébiteur solidaire ou comme caution, au paiement de l'intégralité de la dette [36].

Il en résulte encore qu'il ne jouit pas de la faculté de délaisser au regard des créanciers envers lesquels il a pris, par son contrat d'acquisition ou par un acte postérieur, l'engagement de les satisfaire, et notamment vis-à-vis de ceux auxquels il a fait, en conformité de l'art. 2183, l'offre de payer son prix [37].

La question de savoir si le tiers détenteur est également privé de cette faculté, lorsqu'il a contracté envers le vendeur seul l'obligation de payer son prix entre les mains des créanciers délégués par ce dernier, doit se résoudre d'après la nature des poursuites que ces créanciers exerceront contre lui. Si, acceptant expressément ou implicitement la délégation faite à leur profit, ils poursuivent le tiers détenteur en paiement de son prix, celui-ci ne pourra pas recourir au délaissement pour se soustraire à l'action personnelle dirigée contre lui [38]. Si, au contraire, les créanciers, faisant abstraction de la délégation consentie en leur faveur, poursuivent le tiers détenteur en cette qualité, et le somment de payer

36 Le tiers détenteur qui ne serait que débiteur conjoint, pourrait, en offrant de payer sa part dans la dette, user de la faculté de délaisser. Il satisferait par là à la double obligation personnelle et réelle qui pèse sur lui. Voy. en ce qui concerne spécialement la position de l'héritier partiaire, détenteur d'immeubles hypothéqués par le défunt : § 636, texte n° 2.

37 Zachariæ, § 287, texte et note 36. Paris, 9 décembre 1833, Sir., 34, 2, 191. Cpr. Civ. rej., 8 juin 1819, Sir., 20, 1, 14.

38 Arg. art. 1121. Persil, sur l'art. 2172, n° 2. Troplong, III, 813. Pont, n° 1180. Req. rej., 21 mai 1807, Sir., 7, 1, 278. Bruxelles, 12 mai 1810, Sir., 13, 2, 365. Paris, 12 mars 1812, Sir., 15, 2, 124. Rouen, 12 juillet 1823, Sir., 25, 2, 324. Cpr. cep. Bruxelles, 9 floréal an XIII, Sir., 7, 2, 762.

ou de délaisser, rien ne s'oppose, en ce qui les concerne, à ce qu'il effectue le délaissement [39].

Du reste, le délaissement ne peut jamais devenir pour l'acquéreur un moyen de rompre unilatéralement le contrat de vente, et de se dégager ainsi de l'obligation de payer son prix, lorsqu'il n'a pas de motifs légitimes pour recourir à cet expédient, c'est-à-dire lorsque le montant des charges hypothécaires est inférieur au prix d'acquisition, et que le paiement ne lui en est demandé que sous les conditions et dans les termes stipulés par son contrat [40]. Il suit de là que dans ces circonstances, et même en l'absence de toute clause par laquelle l'acquéreur se serait engagé à payer son prix aux créanciers hypothécaires, ceux-ci peuvent, en exerçant les droits et actions de leur débiteur, le contraindre au paiement de ce prix, sans qu'il soit admis à s'y soustraire en offrant de délaisser [41]. Il en découle, d'un autre côté, que, dans les mêmes circonstances, et bien que les créanciers aient agi par voie hypothécaire en sommant le tiers détenteur de payer ou de délaisser, le vendeur lui-même est autorisé à s'opposer au délaissement, qui ne serait ni nécessaire ni légitime, puisque l'exécution pure et simple du contrat de vente, en donnant pleine satisfaction aux créanciers hypothécaires, procurerait du même coup à l'acquéreur l'entière libération de l'immeuble. Le vendeur pourrait même, en pareil cas, former tierce-opposition au jugement qui aurait admis le délaissement, peu importe que les créanciers donnent ou non les mains à la rétraction de ce jugement [42].

Le délaissement ne pouvant être fait que par une personne capable d'aliéner, on doit en conclure que le tuteur ne

39 Troplong et Pont, *locc. citt.* Orléans, 28 mai 1851, Sir., 51, 2, 521.

40 Le principe indiqué au texte se trouve parfaitement établi dans un remarquable rapport de M. Mesnard, à la suite duquel a été rendu l'arrêt de rejet du 1er juillet 1850, cité à la note 42 *infra*.

41 Grenier, II, 545. Duranton, XX, 252. Troplong, III, 823. Martou, III, 1297. Zachariæ, § 287, texte et note 35. Rouen, 12 juillet 1823, Sir., 25, 2, 324. Paris, 2 mars 1833, Sir., 33, 2, 416. Civ. rej., 9 mai 1836, Sir., 36, 1, 623. Grenoble, 13 juillet 1865, Sir., 66, 2, 89. Req. rej., 12 février 1867, Sir., 67, 1, 111. Cpr. Orléans, 16 avril 1847, Sir., 51, 2, 526.

42 Voy. sur ces deux propositions : Martou, III, 1299; Orléans, 16 avril 1847, Sir., 51, 2, 526; Orléans, 25 juillet 1849, Sir., 51, 2, 524; Req. rej., 1er juillet 1850, Dalloz, 1850, 1, 177; Riom, 8 décembre 1852, Sir., 53, 2, 634.

peut y procéder, au nom de son pupille, qu'en vertu d'une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal compétent[43].

Le délaissement s'opère au moyen d'une déclaration faite au greffe du tribunal de première instance dans le ressort duquel l'immeuble est situé. Il doit être signifié au créancier poursuivant et au vendeur, avec sommation de se présenter à l'audience pour en voir donner acte[44].

Le délaissement ainsi reçu, le tribunal, sur la demande de la partie la plus diligente, établit à l'immeuble délaissé un curateur, contre lequel se poursuit l'expropriation. Art. 2174.

Le délaissement par hypothèque n'est qu'une abdication de la possession ; et le droit de propriété ne cesse dans la personne du tiers détenteur que par le jugement d'adjudication[45].

Il en résulte, d'une part, que la perte de l'immeuble, arrivée par cas fortuit avant l'adjudication, est pour le compte du tiers détenteur, qui reste soumis à l'obligation de payer son prix, et réciproquement, le reliquat du prix d'adjudication, après paiement des créanciers hypothécaires, revient au tiers détenteur.

Il en résulte, d'autre part, que, jusqu'à l'adjudication, le tiers détenteur est le maître de reprendre l'immeuble, à la charge cependant d'acquitter intégralement, avec les frais de la poursuite, toutes les dettes hypothécaires, dont il devient ainsi débiteur direct et personnel[46]. Art. 2173. Cette condition est imposée même au

[43] Art. 457 et 458. Persil, sur l'art. 2172. Battur, III, 482. Martou, III, 1288. Zachariæ, § 287, note 25. Cpr. Req. rej., 2 avril 1855, Sir., 55, 1, 372. Suivant une autre opinion, l'autorisation du conseil de famille suffirait à elle seule, et n'aurait pas besoin d'être homologuée par justice. Voy. De Fréminville, *De la minorité*, I, 441 *bis ;* Troplong, III, 820 ; Pont, n° 1172. L'argument que, dans le sens de cette opinion, on tire de l'art. 464, serait concluant sans doute, s'il n'était écarté par la disposition spéciale et formelle de l'art. 2172, qui ne permet le délaissement qu'aux personnes ayant capacité d'aliéner. D'après un troisième système, proposé par Grenier (II, 327), le délaissement serait complétement interdit au tuteur.

[44] Pont, n° 1189. Riom, 8 décembre 1852, Sir., 53, 2, 634.

[45] Delvincourt, III, p. 378. Grenier, II, 330. Troplong, III, 825. Pont, n° 1193. Zachariæ, § 287, texte et note 28.

[46] Troplong, III, 826. Zachariæ, § 287, texte et note 29. Bordeaux, 14 août 1828, Sir., 29, 2, 82. Req. rej., 24 février 1830, Sir., 30, 1, 84.

mineur ou à l'interdit, qui veut reprendre un immeuble dont le délaissement a été régulièrement opéré [47].

Enfin, le délaissement ayant pour unique objet d'empêcher que l'expropriation de l'immeuble hypothéqué ne soit poursuivie contre le tiers détenteur lui-même, on doit en conclure que le vendeur peut le contraindre à reprendre cet immeuble et à exécuter le contrat de vente, lorsque, avant l'adjudication, il est parvenu à le dégrever complétement des charges hypothécaires auxquelles il se trouvait soumis, ou même simplement à réduire ces charges à une somme inférieure au prix actuellement exigible [48].

4° *Des droits de disposition et de jouissance du tiers détenteur, dans ses rapports avec les créanciers hypothécaires.*

L'hypothèque établissant, entre le tiers détenteur et les créanciers hypothécaires, des rapports analogues à ceux qui existent entre eux et le débiteur qui l'a constituée, les règles exposées au § 286 s'appliquent en général, et sous les modifications qui seront ci-après indiquées, au tiers détenteur [49].

Ainsi, les créanciers hypothécaires sont, même avant l'exigibilité de leurs créances, autorisés à exercer contre le tiers détenteur, toutes les actions qui leur compéteraient contre le débiteur lui-même, pour empêcher l'exécution des actes de nature à diminuer la valeur de l'immeuble hypothéqué.

Ainsi encore, le tiers détenteur ne peut plus, après la transcription de la saisie, aliéner l'immeuble qui en a été frappé. Code de procédure, art. 686 et 687.

47 Req. rej., 2 avril 1855, Sir., 55, 1, 372.

48 Troplong, III, 826. Duranton, XX, 263. Martou, III, 1311. Pont, n° 1196. Paris, 24 mars 1847, Sir., 47, 2, 199. Riom, 8 décembre 1852, Sir., 53, 2, 634. Voy. cep. Riom, 17 avril 1820, Sir., 23, 2, 87.

49 Les rapports que l'hypothèque fait naître entre le tiers détenteur et les créanciers hypothécaires, ne se formaient autrefois que par le jugement rendu sur la demande en déclaration d'hypothèque. Aujourd'hui ils s'établissent par l'effet des inscriptions, ou, s'il s'agit d'une hypothèque dispensée d'inscription, par l'effet même de l'hypothèque. Voy. note 2 *supra*. Cette différence est importante à noter, à raison des conséquences qui se rattachent aux rapports dont il s'agit. C'est ainsi que, d'après l'art. 2175, le tiers détenteur est responsable des dégradations par lui commises, à quelque époque qu'elles aient lieu, tandis qu'il ne devait autrefois aucun compte de celles qui étaient antérieures à la demande en déclaration d'hypothèque. Troplong, III, 831 et 832. Pont, n° 1200.

Les baux passés par le tiers détenteur peuvent être annulés, lorsqu'ils n'ont pas acquis date certaine avant la sommation de payer ou de délaisser. Mais ceux dont la date serait devenue certaine dans le temps écoulé entre le commandement fait au débiteur et cette sommation, devraient être maintenus [50].

Les fruits de l'immeuble hypothéqué sont immobilisés, non pas seulement à partir de la transcription de la saisie, mais à dater de la sommation de payer ou de délaisser, à supposer, bien entendu, que cette sommation ait été précédée d'un commandement valablement fait au débiteur personnel de la dette hypothécaire [51]. Le tiers détenteur doit compte aux créanciers hypothécaires, de tous les fruits naturels qu'il a recueillis postérieurement à cette sommation, et des fruits civils dans la proportion du nombre de jours qui se sont écoulés depuis cet acte, sans pouvoir se dégager, pour ce qui concerne ces derniers, de l'obligation personnelle qui pèse sur lui, en offrant de subroger les créanciers hypothécaires dans ses droits contre le fermier ou le locataire [52]. Mais les créanciers hypothécaires n'ont, comme tels, aucun droit exclusif aux fruits perçus ou échus avant la sommation de payer ou de délaisser [53]. Si une première sommation faite au tiers détenteur était tombée en péremption, à raison de l'abandon des poursuites pendant trois années, il ne devrait compte des fruits qu'à partir de la nouvelle sommation qui lui serait adressée. Art. 2176.

De même que les créanciers hypothécaires ne jouissent d'un droit de préférence sur les fruits de l'immeuble hypothéqué, qu'à partir de la sommation de payer ou de délaisser notifiée au tiers détenteur, de même aussi n'est-ce qu'à partir de cette sommation, qu'ils ont un droit exclusif aux intérêts dus par ce dernier, comme représentatifs des fruits. Les intérêts qui ont couru jusque-là, et qui seraient encore dus au vendeur, constituent une valeur mobi-

50 Le commandement fait au débiteur personnel ne saurait, en effet, entraîner contre le tiers détenteur l'application de l'art. 684 du Code de procédure, qui suppose un acte adressé au propriétaire même de l'immeuble, dans le but de l'avertir de l'imminence de la saisie.

51 Req. rej., 7 novembre 1838, Sir., 39, 1, 428. Cpr. texte n° 1, notes 6 et 13 *supra*.

52 Pont, n° 1210. Agen, 29 juin 1849, *Journ. de Pal.*, 1850, 2, 25.

53 Caen, 23 avril 1826, Sir., 27, 2, 21. Cpr. cep. Civ. cass., 5 novembre 1813, Sir., 14, 1, 6; Riom, 27 avril 1825, Sir., 26, 2, 141.

lière, à répartir entre tous les créanciers indistinctement[54].

Les restrictions que l'immobilisation des fruits apporte au droit de jouissance du débiteur personnel de la dette hypothécaire, s'appliquent toutes au tiers détenteur, à partir de la sommation de payer ou de délaisser.

L'art. 2175 règle, d'une manière spéciale, la position du tiers détenteur, en ce qui concerne les détériorations ou améliorations que l'immeuble hypothéqué peut avoir subies ou reçues.

Aux termes de cet article, les détériorations procédant du fait ou de la négligence du tiers détenteur, donnent ouverture contre lui à une action en indemnité. Cette action peut être exercée en dehors de toute poursuite en paiement de la dette hypothécaire ou en délaissement de l'immeuble hypothéqué. Elle compète même aux créanciers dont les créances seraient conditionnelles, en ce sens que, dès l'instant où il a été commis des dégradations de nature à compromettre leurs intérêts, ils sont autorisés à en provoquer l'estimation et à exiger du tiers détenteur la consignation du montant de cette estimation, pour être, en cas d'insuffisance du prix de vente de l'immeuble, ultérieurement distribué par ordre d'hypothèque[55].

Le tiers détenteur peut répéter ses impenses, mais jusqu'à concurrence seulement de la mieux-value de l'immeuble au moment de l'adjudication sur expropriation, qu'elle ait été poursuivie contre lui ou contre le curateur en délaissement ; et sans qu'il y ait à cet égard de différence à faire entre les impenses nécessaires et les impenses utiles[56].

[54] Grenier, II, 444. Duranton, XX, 376. Rouen, 16 juillet 1844, Sir., 45, 2, 389. Paris, 24 avril 1845, Sir., 45, 2, 385. Civ. cass., 9 août 1859, Sir., 59, 1, 785. Civ. rej., 23 juin 1862, Sir., 63, 1, 205. Civ. rej., 25 février 1863, Sir., 63, 1, 65. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 929.

[55] Ce point se trouve parfaitement établi dans une dissertation de M. Merville (*Revue pratique*, 1859, VIII, p. 162). Voy. encore en ce sens : Orléans, 24 mars 1859, Sir., 59, 2, 673.

[56] Grenier, II, 411. Battur, III, 490. Troplong, III, 838 *bis*. Martou, III, 1320. Pont, n° 1206. Zachariæ, § 287, texte et note 32. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 382 ; Duranton, XX, 271 ; Dalloz, *Rép.*, v° Priviléges et Hypothèques, n° 1958 ; Req. rej., 11 novembre 1824, Sir., 25, 1, 140. Le texte de l'art. 2175 est trop formel pour qu'on puisse admettre la distinction proposée dans le dernier système, entre les impenses nécessaires et les impenses utiles ; et il y a d'autant plus de raison de la rejeter, que le tiers détenteur ne

Il ne jouit pas à cet effet d'un véritable privilége[57]; mais il est autorisé, soit à réclamer l'insertion au cahier des charges d'une clause portant que l'adjudicataire sera tenu, en sus de son prix, de lui bonifier le montant de la mieux-value de l'immeuble hypothéqué, soit à demander, dans l'instance d'ordre, la distraction, à son profit, de la partie du prix correspondante à cette mieux-value[58].

5° *Des suites de l'expropriation poursuivie contre le tiers détenteur ou contre le curateur de l'immeuble délaissé*[59].

Le jugement d'adjudication rendu sur l'expropriation dirigée, soit contre le curateur à l'immeuble délaissé, soit contre le tiers détenteur lui-même, tout en opérant l'éviction de ce dernier, n'entraîne pas la résolution de son titre d'acquisition. Il est donc, malgré cette éviction, à considérer comme étant resté propriétaire de l'immeuble exproprié depuis le jour de son acquisition jusqu'à celui du jugement d'adjudication.

peut avoir contre les créanciers hypothécaires d'autre principe d'action que la *versio in rem*. En vain objecterait-on que le tiers détenteur doit, en pareille circonstance, être considéré comme le gérant d'affaires des créanciers hypothécaires, et qu'il jouit ainsi contre eux de l'action *negotiorum gestorum contraria*. Pour écarter cette objection, il suffira de faire remarquer que le tiers détenteur, en faisant sur l'immeuble hypothéqué des impenses nécessaires, gère, non l'affaire des créanciers, mais sa propre chose, dont la propriété, nonobstant l'éviction qu'il en a ultérieurement subie, n'a pas moins continué de résider sur sa tête jusqu'au jugement d'adjudication sur expropriation forcée ou sur surenchère du dixième, et que, par conséquent, il ne saurait être assimilé à un *negotiorum gestor*. L'opinion que nous combattons, conduirait d'ailleurs à des conséquences qui ne paraissent pas admissibles. Il en résulterait, en effet, que le tiers détenteur qui aurait fait des impenses nécessaires, serait autorisé à en répéter le remboursement intégral, dans le cas même où, par suite d'événements ultérieurs, les travaux par lui exécutés auraient péri ou perdu tout effet utile, de telle sorte que la valeur de ce qui resterait de l'immeuble pourrait, au détriment des créanciers hypothécaires, se trouver entièrement absorbée.

57 Duranton, XX, 272. Martou, III, 1322. Voy. cep. Persil, sur l'art. 2175, n° 7; Grenier, II, 336; Troplong, III, 336.

58 Delvincourt, III, 382. Duranton et Martou, *locc. citt.* Taulier, VII, p. 387. Pont, n° 1208. Turin, 1er juin 1810, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 282. Bastia, 2 février 1846, Sir., 48, 2, 10. Bourges, 3 février 1851, Sir., 52, 2, 425.

59 Les suites de l'expropriation sont les mêmes, que l'immeuble ait été vendu sur le tiers détenteur ou sur le curateur au délaissement. Art. 2177 et 2178.

De ce principe découlent les conséquences suivantes :

a. Les servitudes que, dans l'intervalle de son acquisition au jugement d'expropriation, le tiers détenteur a constituées sur l'immeuble exproprié, ne sont pas éteintes de plein droit par l'effet de l'expropriation. Mais elles ne pourraient être opposées aux créanciers hypothécaires du précédent propriétaire, qui seraient autorisés, sous les modifications indiquées au § 250, à demander que l'immeuble soit vendu comme franc de ces servitudes[60].

b. Les hypothèques constituées, dans le même intervalle, par le tiers détenteur, et les hypothèques légales ou judiciaires procédant de son chef, continuent de subsister malgré l'expropriation ; et les créanciers auxquels elles appartiennent, sont admis à les faire valoir à leur rang, dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix de l'immeuble exproprié. Art. 2177, al. 2.

c. Après paiement des créanciers inscrits sur cet immeuble, l'excédant du prix d'adjudication appartient au tiers détenteur, à l'exclusion du précédent propriétaire et de ses créanciers chirographaires[61].

L'éviction subie par le tiers détenteur ayant pour effet de faire cesser la consolidation ou confusion qui s'était opérée par suite de son acquisition, il en résulte que les servitudes, personnelles ou réelles, dont il jouissait sur l'immeuble hypothéqué avant l'acquisition qu'il en a faite, renaissent après l'expropriation ; et que, réciproquement, cette dernière fait revivre les servitudes actives dues à l'immeuble exproprié par un immeuble appartenant au tiers détenteur[62]. Art. 2177, al. 1er, et arg. de cet article.

Quant aux hypothèques que le tiers détenteur avait acquises sur l'immeuble hypothéqué avant d'en être devenu propriétaire, il peut les faire valoir dans l'ordre, pourvu qu'il les ait dûment conservées[63], comme il aurait pu le faire s'il était resté propriétaire de cet immeuble.

60 Voy. § 250, texte n° 2, notes 7 et 8.

61 Troplong, III, 826. Pont, n° 1193. Colmar, 7 mai 1821, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 413. Colmar, 22 novembre 1831, Sir., 32, 2, 271. Cpr. Req. rej., 15 décembre 1862, Sir., 63, 1, 57.

62 Tarrible, *Rép.*, v° Tiers détenteur, n° 14. Troplong, III, 843 *bis*. Martou, III, 1328. Pont, n° 1215.

63 Voy. § 280, texte n° 2 et note 18.

Le tiers détenteur évincé par suite de l'expropriation de l'immeuble, a son recours en garantie, tel que de droit, contre son auteur[64]. Art. 2178.

Il peut également, après l'expropriation, et à supposer qu'il n'ait pas déjà, sur la sommation à lui faite, mis en cause les détenteurs des autres immeubles hypothéqués à la dette, demander qu'ils soient tenus de l'indemniser, chacun dans la proportion de la valeur de l'immeuble qu'il détient[65].

6° *De la position de celui qui a fourni une hypothèque pour sûreté de la dette d'autrui, sans s'obliger personnellement.*

Les règles exposées aux cinq numéros précédents s'appliquent, en général, au tiers qui a fourni une hypothèque pour la dette d'autrui, sans s'y obliger personnellement[66].

Toutefois, à la différence du tiers détenteur, il ne jouit pas de la faculté de purger[67].

A l'inverse, il est admis, comme la caution, à invoquer l'exception *cedendarum actionum*, qui n'appartient pas au tiers détenteur[68].

En troisième lieu, l'action en indemnité qui lui compète, au cas d'expropriation, contre le débiteur personnel de la dette, étant d'une nature analogue à celle qui appartient à la caution contre le débiteur principal, diffère essentiellement du recours en garantie dont il est question dans l'art. 2178.

Enfin, à la différence du tiers détenteur, qui ne peut exercer son recours en indemnité contre les détenteurs des autres immeubles affectés à la dette du chef du débiteur, que déduction faite de la part pour laquelle son propre immeuble doit y contribuer, le tiers qui a fourni une hypothèque pour sûreté de la dette d'autrui, jouit, à l'instar de la caution, d'un recours intégral pour la pleine valeur de son immeuble[69].

64 Cpr. art. 1626 et suiv., et § 355 ; § 705, texte et note 8 ; art. 874 cbn. 1020, et § 723, texte n° 3, notes 18 et 19.

65 Arg. art. 2114 cbn. 1214 et 1221. Cpr. texte n° 2 et note 34 *supra*.

66 En effet, la position de ce tiers présente, sauf les différences résultant de ce qu'il est au fond une caution réelle, une parfaite analogie avec celle du tiers détenteur, en tant que l'un et l'autre ne sont qu'hypothécairement et non personnellement obligés. Cpr. Zachariæ, § 287, note 1re, *in fine*.

67 Voy. sur cette proposition : § 293 *bis*, texte n° 2.

68 Cpr. texte n° 2 et note 27 *supra ;* § 429, texte et note 12.

69 Cpr. § 321, texte n° 4, lett. *d*.

§ 288.

5. *De la transmission des priviléges et des hypothèques, en général.*

Les priviléges et les hypothèques passent, comme tout droit en général, aux héritiers ou successeurs universels du créancier. Ils se transmettent de même, et cela de plein droit comme accessoires de la créance, aux successeurs particuliers de ce dernier, et notamment à ses cessionnaires, donataires, ou légataires. Art. 1692 et 2112.

D'un autre côté, en cas de paiement avec subrogation légale ou conventionnelle, les priviléges et hypothèques attachés à la créance soldée passent, ainsi que tous les droits et actions du créancier, au tiers qui fait le paiement ou qui a fourni au débiteur les deniers nécessaires pour l'effectuer [1].

La relation qui unit les priviléges et les hypothèques aux créances pour sûreté desquelles ils sont établis, est tellement intime, qu'il est juridiquement impossible de les en détacher pour les adjoindre à une autre créance, ou, en d'autres termes, d'en faire l'objet d'une véritable cession séparée, et indépendante de la transmission de ces créances mêmes [2].

[1] Voy. art. 1249 à 1252; § 321.

[2] La cession d'un privilége ou d'une hypothèque ne peut être d'aucune utilité au cessionnaire, si elle ne lui confère virtuellement le droit de faire valoir la créance du cédant. Cela est de toute évidence, quand le cessionnaire n'est pas de son propre chef créancier du débiteur cédé ; et cela n'est pas moins certain dans le cas où il a une créance personnelle sur ce dernier, parce que, dans cette hypothèse même, il ne pourra jamais exercer le privilége ou l'hypothèque qu'à raison de la créance pour sûreté de laquelle ils ont été établis. C'est cette idée qu'exprime, sous une formule théorique, la proposition émise au texte, proposition qui nous a toujours paru incontestable en droit. Voy. en ce sens : Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2236; Mourlon, *Des subrogations*, n° 585; Gauthier, *Des subrogations*, n°s 562 et suiv.; Benech, *Du nantissement appliqué aux droits et reprises de la femme*, n°s 18 et suiv.; Larombière, *Des obligations*, III, p. 226, 235 et 239; Sevin, *Revue critique*, 1862, XX, p. 540 et suiv.; Berthauld, *De la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées*, 2e édit., n°s 11 et suiv.; Req. rej., 25 janvier 1853, Sir., 53, 1, 423. Voy. en sens contraire : Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, II, 1135; Valette, n° 129, p. 209 et suiv.; Troplong, *De la transcription*, n°s 323 et suiv.; Pont, n°s 334 et 459; Zachariæ, § 288, texte et note 4; Beudant, *Revue critique*, 1866, XXVIII, p. 30 et 210. Ces derniers auteurs soutiennent que l'hypothèque peut être cédée indépendamment de la créance qu'elle garantit, pour s'attacher à une

Toutefois, rien n'empêche qu'un créancier privilégié ou hypothécaire antérieur ne cède la priorité de son rang à un créancier postérieur[3].

Rien aussi ne s'oppose à ce qu'un créancier privilégié ou hypothécaire confère à un autre créancier, même simplement chirographaire, le droit d'exercer ses priviléges et hypothèques jusqu'à concurrence de sa propre créance, et comme si ce dernier lui était réellement substitué[4]. On désigne sous le nom générique de *subrogation*, les

créance quelconque du cessionnaire. Leur opinion conduirait logiquement à décider que l'hypothèque, cédée séparément de la créance en vue de laquelle elle a été établie, est désormais indépendante du sort de cette créance, et doit survivre à son extinction. Or, cette conclusion ne nous paraît pas admissible, et M. Pont la rejette lui-même, au n° 479, où il dit que « l'hypothèque « légale cédée par la femme ne cesse pas, même aux mains du subrogé, « de rester l'accessoire de la créance de la femme, et que le sort s'en règle sur « l'état de cette créance. » Nous l'avouerons, il nous semble difficile de concilier cette opinion avec la doctrine professée par M. Pont aux n°s 334 et 459. Une réponse analogue peut être faite à la doctrine de M. Beudant, qui, sans énoncer formellement que l'hypothèque reste attachée comme accessoire à la créance du subrogeant, admet cependant que le subrogé ne pourra l'exercer que dans les mêmes limites et sous les mêmes conditions que le subrogeant pourrait le faire lui-même, et reconnaît par là que ce n'est pas en réalité l'hypothèque, considérée comme étant venue s'adjoindre à sa propre créance, que le subrogé est admis à faire valoir, mais bien la créance hypothécaire elle-même.

3 La cession de priorité de rang n'est qu'une convention par laquelle deux créanciers hypothécaires dérogent, l'un au profit de l'autre, à la règle établie par l'art. 2134. Elle diffère essentiellement de la convention connue sous le nom de *subrogation à l'hypothèque*. en ce qu'elle ne peut intervenir qu'entre créanciers ayant hypothèque sur les mêmes biens, tandis que la subrogation peut être consentie au profit d'un créancier dont l'hypothèque ne porte pas sur les biens affectés au subrogeant, et même en faveur d'un créancier simplement chirographaire. Toutefois, la cession de priorité consentie par une femme au profit d'un créancier du mari, devant produire des effets analogues à ceux de la subrogation tacite résultant du concours de la femme à un acte de vente ou de constitution d'hypothèque passé par ce dernier, elle se trouve, d'après l'esprit de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, soumise, pour sa validité et son efficacité, aux conditions prescrites par cet article. A ce point de vue spécial, on peut admettre, ainsi que l'enseigne M. Bertauld (*op. cit.*, n°s 21 et suiv.), qu'il n'y a pas de différence entre la cession de priorité et la subrogation à l'hypothèque. Mais cette doctrine ne saurait être acceptée dans sa généralité. Cpr. note 7 *infra;* Zachariæ, § 288, texte et note 5.

4 Que les conventions de cette nature soient valables entre les parties, cela n'a jamais été contestable; mais on pourrait douter qu'elles fussent efficaces à

conventions de cette dernière espèce, qui, sous des formes diverses et avec des effets plus ou moins étendus, sont d'un usage très-fréquent, surtout quant à l'hypothèque légale des femmes mariées [5].

La cession de priorité n'entraîne évidemment aucun déplacement ou échange des priviléges ou hypothèques respectivement attachés aux créances des parties ; elle n'opère entre elles qu'une simple interversion de rang. Il en résulte, d'une part, que le créancier en faveur duquel a eu lieu la cession de priorité, ne peut en profiter pour se faire colloquer au rang du créancier qui l'a consentie,

l'égard des tiers, indépendamment de l'observation des formalités prescrites pour le nantissement des créances. Aussi, partant de l'idée que des droits de préférence ne sauraient être créés que dans les formes prescrites par la loi, avions-nous soutenu, dans nos deux premières éditions, que les créanciers successivement subrogés à l'hypothèque légale d'une femme mariée ne jouissaient, les uns à l'égard des autres, d'aucun droit de préférence, à moins qu'ils n'eussent en même temps hypothèque sur le mari. Mais la jurisprudence a depuis longtemps consacré une doctrine contraire, en appliquant aux conventions dont il s'agit, le principe d'après lequel les droits réels se transfèrent en général, même au regard des tiers, par le seul effet des conventions, de telle sorte qu'entre plusieurs subrogés, la préférence appartient à celui dont le titre est antérieur en date. Cette jurisprudence, née du besoin pratique de donner aux créanciers du mari, un moyen de se prémunir contre les effets de l'hypothèque légale de la femme, trouve son explication, sinon sa justification théorique, dans l'impossibilité de remplir, en ce qui concerne les droits et créances de cette dernière, les formes nécessaires pour assurer l'efficacité du nantissement. Quoi qu'il en soit, la doctrine admise par la jurisprudence a été implicitement confirmée, en ce qui concerne les subrogations à l'hypothèque légale des femmes mariées, d'abord par les art. 8 et 20 du décret du 28 février 1852, portant organisation des sociétés de crédit foncier, et plus tard par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. Aujourd'hui donc, l'efficacité de ces subrogations, à l'égard des tiers, et quant aux subrogés les uns à l'égard des autres, ne saurait plus être mise en question, et nous admettons qu'il doit en être de même pour les subrogations à d'autres hypothèques ou à des priviléges immobiliers.

[5] En cette matière, le mot *subrogation* exprime l'idée de la substitution éventuelle d'un créancier à un autre créancier hypothécaire ou privilégié, à l'effet d'exercer, pour le recouvrement de sa propre créance, les droits hypothécaires ou privilégiés de ce dernier. Cette substitution rappelle celle qui, en cas de paiement avec subrogation, s'opère au profit du tiers qui a fait le paiement, ou qui a fourni au débiteur les deniers à l'aide desquels il l'a effectué. Mais, malgré cette similitude apparente de résultats, les deux espèces d'opérations ou de conventions n'ont au fond rien de commun, et on s'exposerait à d'étranges erreurs, si l'on voulait appliquer aux subrogations dont nous nous occupons actuellement, les règles relatives au paiement avec subrogation. Cpr. notes 19 à 22 *infra*.

qu'autant que la créance de ce dernier existe encore, et que son privilége ou son hypothèque a été conservé[6]. Il en résulte, d'autre part, que le créancier qui a obtenu la cession de priorité, ne pourrait plus en invoquer le bénéfice, si son propre droit hypothécaire ne subsistait plus[7]. Mais la seule circonstance que le créancier au profit duquel a été consentie la cession de priorité, aurait laissé périmer son inscription, ne le priverait pas du bénéfice de cette cession[8]. Seulement devra-t-il, en pareil cas, indemniser le cédant jusqu'à concurrence de ce que ce dernier eût obtenu dans l'ordre, si l'inscription avait été renouvelée en temps utile[9].

La cession de priorité étant obligatoire pour les héritiers de celui qui l'a consentie, on doit, au cas d'une pareille cession faite par une femme mariée, décider que ses enfants, qui auraient à faire valoir tout à la fois l'hypothèque légale de leur mère et la leur propre comme mineurs, ne pourraient, pour tout ce qui leur revient du chef de la cédante, exercer cette dernière hypothèque au détriment du cessionnaire[10].

Il est, du reste, bien entendu que la différence en plus ou en moins qui peut exister entre les deux créances, ne saurait nuire ni profiter aux créanciers intermédiaires.

La subrogation dans une hypothèque peut, en ce qui concerne les immeubles sur lesquels le subrogé sera autorisé à exercer ses droits hypothécaires, avoir des effets plus étendus que la simple cession de priorité de rang ; mais, pas plus que celle-ci, elle ne détache l'hypothèque de la créance du subrogeant, pour l'adjoindre ou l'incorporer comme accessoire à celle du subrogé. Elle ne constitue qu'une sorte de cautionnement réel ou de nantissement *sui*

[6] Req. rej., 25 janvier 1853, Sir., 53, 1, 423. — Cependant dans le cas même où l'hypothèque du créancier antérieur en rang n'aurait pas été conservée, la cession de priorité, en tant que promesse d'abstention, serait toujours opposable aux ayants-cause de ce créancier, et notamment au cessionnaire qui, en cette qualité, aurait fait renouveler l'inscription en son nom.

[7] Il existe, sous ce rapport, une différence notable entre la simple cession de priorité et la subrogation à l'hypothèque, en ce que le créancier subrogé est admis à faire valoir l'hypothèque du subrogeant malgré l'extinction de la sienne propre.

[8] Civ. rej., 9 août 1865, Sir., 65, 1, 447.

[9] Pont, n° 480. Riom, 3 août 1863, Sir., 63, 2, 171.

[10] Civ. rej., 9 août 1865, Sir., 65, 1, 447.

generis, qui, sans investir le subrogé de la propriété, soit de la créance du subrogeant, soit de l'hypothèque qui la garantit, l'autorise cependant à exercer, dans la mesure de sa propre créance, les droits hypothécaires que celui-ci pourrait lui-même faire valoir[11].

[11] Les avis sur la nature ou le caractère juridique de la subrogation ou cession d'hypothèque sont fort divergents. Notre manière de voir à cet égard se rapproche de celle de MM. Mourlon (*Des subrogations*, p. 593 et suiv.) et Benech (*op. cit.*, p. 13). Voy. aussi en ce sens les considérants d'un arrêt de la Cour de Caen du 11 mars 1854, Sir., 55, 2, 69. Elle se fonde sur ce que la cession d'hypothèque n'est en réalité, et d'après l'intention des parties, qu'une convention de garantie : le cédant entend donner et le cessionnaire recevoir une sûreté spéciale. On objecte que la cession d'hypothèque, considérée comme nantissement, ne serait efficace qu'à la condition de l'accomplissement des formalités prescrites pour le nantissement des créances. Cette objection, dont nous reconnaissons toute la gravité (voy. note 4 *supra*), n'a point arrêté la jurisprudence, qui, pour l'écarter, s'est attachée au caractère particulier de la cession d'hypothèque, dont l'objet est bien moins de donner en gage la créance même du cédant, que d'affecter son hypothèque, c'est-à-dire un droit immobilier, à la sûreté de la créance du cessionnaire. — M. Gauthier (*Des subrogations*, n° 577, et *Dissertation*, Sir., 55, 1, 193) assigne un caractère beaucoup plus restreint à la subrogation, qui, selon lui, ne constitue, de la part du subrogeant, qu'une renonciation à son droit d'hypothèque en faveur du subrogé. Dans ce système, le subrogé ne pourrait jamais exercer les droits hypothécaires du subrogeant que relativement aux immeubles sur lesquels il aurait personnellement hypothèque. — Quant à M. Bertauld (*op. cit.*, n°s 4 et 51), il estime que la subrogation est plus qu'un simple nantissement, qu'elle implique virtuellement la cession éventuelle de la créance du subrogeant, et que c'est ainsi la nature du transport qui y prédomine. Cette opinion, qui tendrait à attacher à la subrogation, une efficacité indépendante du sort de la créance du subrogeant, et qui conduit M. Bertauld à exiger l'accomplissement de l'une des formalités prescrites par l'art. 1690, ne paraît pas admissible, en ce que, d'une part, tout transport exige comme condition essentielle, l'existence d'un prix, condition qui ne se rencontre pas dans la convention dont il s'agit, et en ce que, d'un autre côté, il n'entre pas dans l'intention des contractants de déplacer, même d'une manière simplement éventuelle, la propriété de la créance ou de l'hypothèque du subrogeant. — Enfin, M. Pont (n° 472) voit dans la subrogation une délégation éventuelle de ses droits hypothécaires, faite par le subrogeant au profit du subrogé, en ce sens que le subrogeant s'engage conditionnellement, soit à payer la créance du subrogé, soit au moins à lui abandonner en paiement l'exercice de ses droits d'hypothèque. Cette opinion, quoique se rapprochant davantage de la vérité, n'est cependant pas complétement juridique. On ne gagne rien à substituer l'idée d'une délégation à celle d'un transport, parce que toute délégation suppose, de la part de celui qui la consent, une dette qu'il entend faire acquitter à sa décharge par

L'effet de la subrogation reste donc subordonné, comme celui de la simple cession de propriété de rang, à la condition de la conservation de la créance du subrogeant [12]. C'est ce qui sera plus amplement expliqué au paragraphe suivant [13].

L'efficacité de ce nantissement spécial est indépendante de l'accomplissement des formalités exigées par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, à moins qu'il ne s'agisse de la subrogation à l'hypothèque légale d'une femme mariée [14]. Hors ce cas, les actes constatant de pareils nantissements sont opposables aux tiers, à la seule condition d'avoir acquis date certaine ; et les effets s'en règlent d'après les principes que la jurisprudence antérieure à la loi précitée, avait consacrés quant aux subrogations dans l'hypothèque légale des femmes mariées. Cependant, pour empêcher que le subrogeant ne puisse donner main-levée de son inscription, le subrogé doit faire mentionner sa subrogation en marge de cette inscription.

Lorsqu'un acte notarié, contenant une constitution d'hypothèque consentie pour sûreté d'un prêt, énonce en même temps que la créance ainsi garantie se trouve représentée par des lettres de change ou des billets à ordre, souscrits par l'emprunteur au profit du prêteur, le bénéfice de l'hypothèque passe, par le seul effet de l'endossement, aux porteurs de ces billets ou lettres de change [15]. Il en est de même du privilége pour prix de vente d'un immeuble ou de cession d'un office, si l'acte de vente ou de cession constate

le délégué, et que la subrogation peut avoir lieu sans qu'il y ait engagement personnel du subrogeant envers le subrogé.

[12] Voy. Req. rej., 25 janvier 1853, Sir., 53, 1, 423. Cpr. cep. Caen, 11 mars 1854, Sir., 55, 2, 69.

[13] Cpr. § 288 *bis*, texte n° 4 et notes 31 à 37.

[14] Bressolles, *Exposé sur la transcription*, n° 100. Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, n° 408. Troplong, *De la transcription*, n° 344. Flandin, *De la transcription*, II, 1156, 1157 et 1174. Cpr. Bertauld, *op. cit.*, n° 112. Voy. en sens contraire : Ducruet, *Études sur la transcription*, n° 41.

[15] Bertauld, *op. cit.*, n° 181. Req. rej., 10 août 1831, Sir., 31, 1, 371. Req. rej., 21 février 1838, Sir., 38, 1, 208. Req. rej., 11 juillet 1839, Sir., 39, 1, 939. Colmar, 30 décembre 1850 et 29 mars 1852, Sir., 54, 2, 487 et 488. Voy. en sens contraire : Cabantous, Sir., 38, 1, 209, à la note ; Massé, *Droit commercial*, VI, 317 ; Bucquoy, *Revue critique*, 1864, XXV, p. 52. Cpr. Lyon, 22 mars 1830, Sir., 31, 2, 238; Grenoble, 7 février 1835, Sir., 35, 2, 340. Ces arrêts, que M. Cabantous cite à l'appui de son opinion, ont statué sur une question toute différente.

la création d'effets à ordre en paiement du prix [16]. Dans ces différentes hypothèses, les paiements faits au prêteur, au vendeur, ou au cédant, ne pourraient être opposés aux tiers auxquels les effets auraient été passés, fût-ce même postérieurement à ces paiements [17].

En cas de cession partielle d'une créance privilégiée ou hypothécaire, le cédant, resté propriétaire d'une partie de la créance, et le cessionnaire du surplus, ne jouissent en général, et sauf convention contraire, d'aucune préférence, l'un au préjudice de l'autre. De même, si les différentes portions d'une créance ont fait l'objet ed cessions séparées et successives, les divers cessionnaires ne jouissent, les uns à l'égard des autres, d'aucune préférence à raison de l'antériorité respective de leurs titres, et le produit de la réalisation du privilége ou de l'hypothèque attaché à la créance, se répartit entre eux au marc le franc [18].

Les mêmes principes s'appliqueraient, même en dehors de toute cession de créance, à des subrogations partielles aux priviléges ou hypothèques du subrogeant [19]. Si donc une femme mariée, en subrogeant un créancier de son mari à son hypothèque légale, avait restreint la subrogation à une part aliquote, à la moitié par exemple, de ses droits et créances, elle serait, à moins de convention contraire, placée sur la même ligne que le subrogé, de telle sorte que le montant de la collocation assignée à son hypothèque se partagerait par moitié entre eux [20]. Que si elle avait successivement subrogé plusieurs créanciers à des portions déterminées de

16 Troplong, *De la vente*, II, 906. Duvergier, *De la vente*, II, 212. Req. rej., 15 mars 1825, Sir., 26, 1, 61. Metz, 26 janvier 1854, Sir., 54, 2, 743.

17 Req. rej., 15 mars 1825, Sir., 26, 1, 61. Cpr. cep. Troplong, *op. et loc. citt.*

18 Ces propositions seront développées au § 359 *bis*, texte n° 2.

19 La disposition de l'art. 1252, fondée sur la nature particulière de la subrogation par suite de paiement (*nemo contra se subrogasse videtur*), ne saurait être étendue à la subrogation dont il s'agit ici, et qui n'a de commun avec la première que le nom. La position de celui qui subroge un tiers à ses droits privilégiés ou hypothécaires, est celle d'un créancier qui donne sa créance en gage, et il paraît hors de doute que le créancier qui aurait donné en gage la moitié de sa créance seulement, ne jouirait pour l'autre moitié d'aucune préférence sur le gagiste.

20 Mourlon, *Des subrogations*, p. 21 à 26 et 575. Bertauld, *op. cit.*, n°s 166 à 168. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 93 ; Troplong, I, 367 ; Benech, *op. cit.*, p. 103 et suiv. D'après ces auteurs, un créancier, bien que n'ayant été que partiellement subrogé à l'hypothèque légale de la femme, lui serait toujours préférable.

ses droits, le créancier dont la subrogation serait la première en date, ne jouirait d'aucune préférence sur les autres, et partagerait avec eux, dans la proportion de leurs subrogations respectives, le montant de la collocation obtenue du chef de la femme [21]. Cette double solution devrait être admise dans le cas même où la femme se serait personnellement engagée, soit envers le créancier qu'elle n'a subrogé que partiellement, soit envers l'un des créanciers qu'elle a successivement subrogés à ses droits [22].

§ 288 *bis*.

Continuation. — Des renonciations et subrogations à l'hypothèque légale des femmes mariées, en particulier.

1° *De la capacité des femmes mariées de renoncer à leur hypothèque légale ou d'y subroger.*

La femme mariée peut, avec l'autorisation de son mari ou de la justice, renoncer à son hypothèque légale ou y subroger, à moins qu'elle ne soit mariée sous le régime dotal et qu'il ne s'agisse de ses droits dotaux [1].

La clause du contrat de mariage qui, sous le régime dotal, permet seulement l'aliénation des biens dotaux ou l'affectation par hypothèque des immeubles dotaux, n'emporte pas, pour la femme, la faculté de renoncer à son hypothèque légale ou d'y subroger [2].

La séparation de biens, laissant subsister l'inaliénabilité relative de la dot mobilière, ne confère pas à la femme le pouvoir d'aliéner ses garanties hypothécaires [3].

21 Grenier, I, 389. Mourlon, *op. cit.*, p. 575 et 576. Bertauld, *op. cit.*, nos 169 à 173. Voy. cep. Troplong, I, 366.

22 L'engagement personnel contracté par la femme a sans doute pour effet d'engager son patrimoine tout entier, mais n'emporte aucune affectation spéciale de son hypothèque légale au paiement de la dette, et n'attribue ainsi au créancier, aucun droit de préférence sur l'émolument de cette hypothèque. La seule cause de préférence que le créancier puisse invoquer, se trouve dans la subrogation consentie en sa faveur ; et si, comme nous le supposons, cette subrogation n'a été que partielle, il ne peut évidemment la faire valoir que dans la mesure pour laquelle elle lui a été accordée. Voy. en ce sens : Bertauld, *op. cit.*, nos 174 et suiv.

1 Voy. § 537 *bis*. Bertauld, *De la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées*, n° 54. Zachariæ, § 264, note 32.

2 Voy. § 537 *bis*.

3 Cpr. § 539, texte n° 1, *in fine*. Bertauld, *op. cit.*, n° 55.

Quoique mariée sous le régime dotal, la femme peut toujours renoncer à son hypothèque légale ou y subroger, en ce qui concerne ses reprises et créances paraphernales.

La clause d'un contrat de mariage portant que la femme, mariée sous le régime de la communauté, reprendra, en cas de renonciation, son apport franc et quitte de toutes dettes, bien qu'elle s'y soit obligée ou qu'elle y ait été condamnée, n'ayant pas pour effet de soumettre cet apport au régime dotal et de le frapper d'inaliénabilité, ne prive pas la femme de la faculté de céder l'hypothèque légale attachée à sa dot [4].

La femme qui jouit de la faculté de renoncer à son hypothèque légale ou d'y subroger, peut en user au profit de tiers à l'égard desquels elle n'est pas personnellement obligée, aussi bien qu'en faveur de ses créanciers personnels, ou de ceux de son mari envers lesquels elle s'est engagée conjointement avec lui.

Il lui est d'ailleurs loisible de restreindre l'effet des renonciations ou subrogations qu'elle consent, en les limitant, soit à une partie des immeubles soumis à son hypothèque, soit à une certaine nature de droits ou de créances contre le mari, soit enfin à une partie aliquote de ces droits ou créances. En cas de contestation sur l'étendue de pareilles conventions, il appartient au juge d'en déterminer la portée d'après l'intention des parties et la règle que toute renonciation doit s'interpréter strictement [5]. Mais la seule circonstance que l'acte portant subrogation expresse à l'hypothèque légale, contiendrait en même temps constitution au profit du subrogé d'une hypothèque conventionnelle sur certains immeubles spécialement déterminés, n'autoriserait pas à restreindre à ces immeubles l'effet de la subrogation [6].

2° *Des renonciations ou subrogations tacites à l'hypothèque légale.*

La femme qui a concouru à la vente passée par le mari d'immeubles à lui appartenants, ou de conquêts de communauté, est en général censée avoir renoncé, en faveur de l'acquéreur, à l'exercice de son hypothèque légale sur les biens formant l'objet de la

[4] Cpr. § 533, texte *in fine*. Bertauld, *op. cit.*, n° 59. Voy. en sens contraire : Pont, n° 451.

[5] Cpr. Bertauld, *op. cit.*, n° 50 ; Paris, 27 mai 1848, Sir., 49, 2, 283.

[6] Civ. rej., 3 juillet 1866, Sir., 66, 1, 345.

vente [7]. Mais elle conserve son droit de préférence sur le prix existant encore entre les mains de l'acquéreur, tant à l'égard des créanciers du mari [8], que même à l'encontre des tiers auxquels il aurait été cédé [9].

L'obligation contractée par la femme, solidairement ou conjointement, avec son mari, emporte virtuellement de sa part renonciation ou subrogation à son hypothèque légale au profit du créancier, lorsque le mari a, dans le même acte, constitué une hypothèque en faveur de ce dernier [10]. Au cas contraire, le créancier ne jouit d'aucune subrogation [11], encore qu'il ait plus tard obtenu

[7] L. 11, D. *quib. mod. pign. solv.* (20, 6). L. 158, D. *de R. J.* (50, 17). Troplong, II, 599. Pont, n° 465. Req. rej., 9 février 1859, Sir., 60, 1, 647. Civ. cass., 26 août 1862, Sir., 62, 1, 920. — Il en serait autrement, si l'intervention de la femme au contrat de vente s'expliquait par la circonstance qu'elle avait un intérêt personnel à y figurer. Cpr. Req. rej., 4 juin 1854, Sir., 55, 1, 743; Req. rej., 30 juin 1856, Sir., 57, 1, 260.

[8] Pont, n° 485. Req. rej., 20 août 1816, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 1, 232. Civ. cass., 14 janvier 1817, Sir., 17, 1, 146. Amiens, 19 décembre 1846, Sir., 47, 2, 193. Lyon, 15 mai 1847, Sir., 48, 2, 230. Req. rej., 21 février 1849, Sir., 49, 1, 643. Cpr. Mourlon, *De la transcription*, II, 956 et suiv.

[9] Amiens, 16 février 1854, Sir., 54, 2, 260. Civ. rej., 6 novembre 1855, Sir., 56, 1, 235.

[10] Troplong, II, 603. Duranton, XII, 144. Benech, *Du nantissement appliqué aux droits et reprises de la femme*, n° 26. Bertauld, *op. cit.*, n°s 63 à 68 et 72. Larombière, *Des obligations*, sur l'art. 1250, n° 53. Pont, n° 464. Flandin, *De la transcription*, II, 1550. Verdier, *De la transcription*, II, 688. Zachariæ, § 264, note 31, *in fine*. Paris, 11 mars 1813, Sir., 13, 2, 161. Paris, 26 janvier 1819, Sir., 19, 2, 148. Angers, 19 juin 1823, Sir., 23, 2, 315. Req. rej., 2 avril 1829, Sir., 29, 1, 194. Req. rej., 4 février 1839, Sir., 39, 1, 107. Caen, 3 mai 1852, Sir., 53, 2, 79. Paris, 31 mars 1853, Sir., 53, 2, 337. Req. rej., 8 août 1854, Sir., 54, 1, 521. Civ. rej., 26 juin 1855, Sir., 55, 1, 670. Metz, 22 janvier 1856, Sir., 56, 2, 305. Civ. cass., 25 février 1862, Sir., 62, 1, 356. — D'après M. Gauthier, *Des subrogations*, n° 378), l'obligation contractée par la femme solidairement avec le mari, quoique accompagnée d'une affectation hypothécaire sur les biens de ce dernier, n'emporterait pas, de la part de la femme, renonciation à son hypothèque légale, si cette affectation n'avait été faite qu'au nom du mari. Mais cette restriction ne doit pas être admise.

[11] Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2334. Duranton, XII, 143. Troplong, II, 603. Larombière, *op. et loc. citt.* Flandin, *De la transcription*, II, 1551. Zachariæ, § 264, note 31. Voy. en sens contraire : Mourlon, *De la transcription*, II, 988; Req. rej., 17 avril 1827, Sir., 28, 1, 91; Bourges, 4 mars 1831, Sir., 32, 2, 31.

jugement contre le mari et la femme sur le fondement de leur obligation [12]; d'où il suit qu'il ne peut demander, dans les ordres ouverts sur le mari, que des collocations en sous-ordre sur les sommes qui seront affectées à la femme, sans aucune préférence à l'encontre de ses autres créanciers [13].

La subrogation tacite, résultant du concours de la femme à un acte par lequel le mari a constitué une hypothèque, ne s'applique qu'aux immeubles compris dans cette affectation hypothécaire.

3° *Des conditions de validité et d'efficacité des renonciations ou subrogations à l'hypothèque légale.*

D'après une jurisprudence constante, suivie avant la loi du 23 mars 1855, les renonciations ou subrogations à l'hypothèque légale des femmes mariées n'étaient soumises, soit pour leur validité entre les parties, soit pour leur efficacité à l'égard des tiers, à aucune condition particulière de forme [14].

D'un autre côté, elles participaient au bénéfice de la dispense d'inscription attachée à cette hypothèque elle-même, de manière qu'au cas de plusieurs renonciations ou subrogations successives, la préférence entre les créanciers au profit desquels elles avaient eu lieu, se réglait uniquement d'après la date respective des actes contenant ces conventions [15].

Cette jurisprudence, qui régit encore aujourd'hui les actes ayant acquis date certaine antérieurement au 1er janvier 1856 [16],

[12] Grenier, I, 254. Gauthier, *op. cit.*, n° 385. Pont, n° 463. Bertauld, *op. cit.*, n° 70. Paris, 2 janvier 1836, Sir., 36, 2, 149. Caen, 15 juillet 1840, Sir., 40, 2, 522. Orléans, 24 mai 1848, Sir., 50, 2, 143. Orléans, 12 janvier 1854, Sir., 54, 2, 561. Civ. cass., 14 mars 1865, Sir., 65, 1, 209.

[13] Req. rej., 4 février 1839, Sir., 39, 1, 107. Amiens, 11 décembre 1858, Sir., 59, 2, 316. Cpr. Orléans, 24 mai 1848, Sir., 50, 2, 143.

[14] Cette jurisprudence était conséquente à son point de départ. Elle appliquait aux subrogations à l'hypothèque légale des femmes mariées, les principes du Droit commun sur la forme des actes translatifs de droits réels immobiliers. Cpr. § 288, note 4. Pont, n° 466.

[15] Zachariæ, § 264, texte et notes 34, 35 et 37. Paris, 12 décembre 1817, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 338. Nancy, 24 juin 1825, Sir., 35, 2, 84. Civ. rej., 24 janvier 1838, Sir., 38, 1, 97. Bordeaux, 10 avril 1845, Sir., 47, 2, 166. Paris, 18 mars 1848, Sir., 48, 2, 307. Req. rej., 13 novembre 1854, Sir., 55, 1, 193. Metz, 22 janvier 1856, Sir,, 56, 2, 395.

[16] Loi du 23 mars 1855, art. 11. Ainsi, entre plusieurs créanciers ayant

était pleine de dangers pour les femmes mariées elles-mêmes, comme pour les tiers avec lesquels elles traitaient. Aussi fut-elle réformée par la loi du 23 mars 1855, dont l'art. 9 est ainsi conçu : «Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale «ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite «par acte authentique, et les cessionnaires n'en sont saisis à l'é«gard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à «leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de «l'inscription préexistante. — Les dates des inscriptions ou men«tions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des «cessions ou renonciations, exercent les droits hypothécaires de la «femme.»

Ces dispositions s'appliquent, dans leur ensemble, aux subrogations ou renonciations tacites, comme à celles qui ont été faites expressément.

Il en résulte que les renonciations ou subrogations tacites à l'hypothèque légale ne deviennent, comme les expresses, efficaces à l'égard des tiers, que du jour où elles ont été rendues publiques dans la forme prescrite [17]. Il en est ainsi, même de la renonciation que produit, au profit de l'acquéreur d'immeubles vendus par le mari, le concours de la femme à l'acte de vente [18].

obtenu des subrogations avant le 1er janvier 1856, la préférence se détermine encore toujours par les dates respectives de leurs subrogations, et cela sans égard aux inscriptions ou mentions que l'un ou plusieurs d'entre eux auraient fait opérer depuis cette époque. Flandin, *De la transcription*, II, 1514. Verdier, *De la transcription*, II, 708 et 723. Civ. rej., 9 mai 1860, Sir., 60, 1, 613. Civ. rej., 3 juillet 1866, Sir., 66, 1, 345.

17 Cette proposition est généralement admise, en ce qui concerne les renonciations ou subrogations tacites, consenties en faveur des créanciers du mari, que la femme se soit ou non personnellement engagée envers eux.

18 Une pareille renonciation, nous le reconnaissons, est simplement abdicative, lorsqu'il n'existe pas d'hypothèques postérieures en rang à celle de la femme, et qu'ainsi elle n'a pour l'acquéreur d'autre objet, que de le défendre contre l'exercice de l'hypothèque légale par la femme elle-même ou par des tiers cessionnaires. Voy. note 29 *infra*. Mais, dans cette hypothèse même, le caractère particulier et les effets plus restreints de cette renonciation ne sauraient, à notre avis, être un motif pour la dispenser, vis-à-vis des tiers, des conditions de publicité prescrites par l'art. 9 de la loi de 1855. La disposition de cet article est générale et embrasse toutes les renonciations susceptibles de présenter, à un degré plus ou moins élevé, les dangers et les inconvénients que le législateur a voulu écarter. Or, n'est-il pas évident que les créanciers auxquels la femme

Quant à la condition d'authenticité, elle est exigée dans l'intérêt de la femme elle-même, aussi bien que dans celui des tiers. On doit en conclure que la nullité résultant de l'inobservation de cette condition, peut être proposée par cette dernière ou par ses créanciers chirographaires, peu importe qu'elle se soit ou non per-

viendrait offrir la garantie de son hypothèque légale, après y avoir elle-même renoncé en faveur des acquéreurs des immeubles du mari, seraient exposés à être trompés, si de pareilles renonciations leur étaient opposables sans avoir été rendues publiques? Et la possibilité d'un pareil résultat n'est-elle pas en opposition avec l'esprit et le but de la loi? Nous ajouterons que les motifs sur lesquels est fondée la disposition de l'art. 2 de loi du 23 mars 1855, qui soumet à la nécessité de la transcription des renonciations purement extinctives, et l'esprit dans lequel la loi tout entière a été rédigée, viennent à l'appui de notre opinion. Voy. en ce sens : Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, n° 391; Bertaud, *op. cit.*, n° 93; Ducruet, *Études sur la transcription*, n° 42; Verdier, *De la transcription*, II, 661 et 662, et *Revue pratique*, 1867, XXIV, p. 209, 1868, XXVI, p. 5; Lyon, 22 décembre 1863, Dalloz, 1864, 2, 193; Civ. rej., 29 août 1866, Sir., 67, 1, 9. Voy. en sens contraire : Mourlon, *De la transcription*, II, 1105 et 1106. — M. Pont (n° 486) enseigne que la renonciation à l'hypothèque légale, consentie en faveur de l'acquéreur d'immeubles du mari, est efficace à l'égard des tiers, sans qu'il soit nécessaire de le faire connaître autrement que par la transcription de l'acte de vente dans lequel la femme est intervenue. Cet auteur, on le voit, ne va pas jusqu'à dispenser de pareilles renonciations de toute condition de publicité; mais il pense que la publicité résultant de la transcription de l'acte de vente doit suffire pour avertir les tiers, et rend ainsi sans objet les formalités spéciales prescrites par l'art. 9 de la loi de 1855, qui, selon lui, ne s'appliqueraient qu'aux renonciations consenties au profit de créanciers de la femme elle-même ou le mari. Voy. aussi dans ce sens : Amiaud, *Revue pratique*, 1867, XXIV, p. 481, et 1869, XXIV, p. 58. Cette manière de voir se réfute, nous le croyons, par les considérations suivantes : il peut arriver que la femme, qui n'avait pas concouru à la vente passée par le mari, renonce plus tard, et par acte séparé, à son hypothèque légale, au profit de l'acquéreur. En pareil cas, la transcription de l'acte de vente n'apprendrait rien aux tiers quant à la renonciation à l'hypothèque légale, et il faudrait bien en venir à l'application de l'art. 9 précité. D'ailleurs, quand on suppose que la transcription de l'acte de vente dans lequel la femme serait effectivement intervenue, remplace utilement l'inscription ou la mention exigée par cet article, on assigne à la transcription un rôle qui ne lui appartient pas. Les aliénations faites par le mari ne portant par elles-mêmes aucune atteinte aux droits hypothécaires de la femme, qu'elles laissent subsister dans leur intégrité, le créancier auquel cette dernière offre la subrogation à son hypothèque légale, n'a point à s'enquérir si le mari a ou non vendu ses immeubles, et peut accepter cette offre sans avoir préalablement recours au registre des transcriptions.

sonnellement engagée envers le tiers au profit duquel est intervenue la renonciation ou subrogation à l'hypothèque légale[19].

Du reste, la double condition d'authenticité et de publicité est requise dans le cas où la femme, voulant subroger à son hypothèque légale, a déclaré céder ses droits et reprises mêmes, aussi bien que dans celui où elle s'est bornée, soit à céder cette hypothèque, soit à y renoncer[20].

[19] Mourlon, *De la transcription*, II, 1005. Bertauld, *op. cit.*, nos 82 et 83. Voy. en sens contraire : Troplong, *De la transcription*, n° 362 ; Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, n° 390 ; Pont, n° 467 ; Flandin, *De la transcription*, II, 1547. Ces auteurs pensent qu'une subrogation ou renonciation, quoique contenue dans un acte sous seing privé, n'en serait pas moins valable à l'égard de la femme, et que l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, qui exige l'authenticité des actes, n'a d'utilité et d'intérêt que dans le cas où il y a plusieurs cessions ou renonciations successives. Il nous est impossible de partager cette opinion, aussi contraire à l'esprit qu'au texte de la loi. S'il est incontestable, comme MM. Troplong et Pont le reconnaissent eux-mêmes, que le législateur, en prescrivant l'authenticité des actes de subrogation ou de renonciation, a voulu donner à la femme mariée une garantie contre les surprises et les abus de l'autorité maritale, on ne peut, en principe, lui refuser le droit d'exciper elle-même de la nullité de toute subrogation ou renonciation résultant d'un simple acte sous seing privé. A la vérité, la femme n'aura aucun intérêt à se prévaloir de cette nullité, si, comme il arrive d'ordinaire, elle se trouve engagée personnellement envers le tiers au profit duquel elle a renoncé à son hypothèque. Mais il se peut que la renonciation ou subrogation, consentie en faveur d'un créancier du mari, n'ait été accompagnée d'aucune obligation personnelle de sa part, et, dans ce cas, elle aurait évidemment qualité pour en opposer la nullité. D'ailleurs, la femme elle-même fût-elle sans intérêt à le faire, ses créanciers chirographaires seraient toujours en droit de contester la validité ou l'efficacité de la subrogation, puisqu'il s'agirait pour eux de faire écarter un droit de préférence que les créanciers prétendûment subrogés réclameraient sur les biens de leur débitrice commune.

[20] Pont, n° 469. Bertauld, *op. cit.*, n° 93. Voy. en sens contraire : Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, nos 393 et suiv. Ces auteurs pensent que, lorsque la femme a déclaré céder ses droits et reprises, il suffit d'un acte sous seing privé, et d'une notification extra-judiciaire ou d'une acceptation par acte authentique. Cette opinion, qui serait exacte, s'il était question d'une véritable cession-transport, est évidemment inadmissible quand il s'agit en réalité d'une garantie à donner à un créancier par le moyen de la subrogation à l'hypothèque légale. Or, la formule par laquelle la femme déclare céder ses droits et reprises à un créancier pour sûreté et jusqu'à concurrence de sa créance, n'exprime qu'une simple idée de subrogation ; et tout le monde sait que cette formule n'a été mise en usage que pour couper court à l'ancienne controverse, sur le point

La condition de publicité peut, dans le cas même où l'hypothèque légale aurait déjà été inscrite au nom de la femme, être régulièrement remplie au moyen d'une inscription nouvelle de cette hypothèque, requise par le subrogé à son profit, sans qu'il soit alors nécessaire de faire mentionner la subrogation en marge de l'inscription prise au nom de la femme [21].

L'inscription que les créanciers subrogés à l'hypothèque légale peuvent avoir à prendre, soit pour la conservation de cette hypothèque même ou de son rang, soit pour l'efficacité des subrogations à l'égard des tiers, doit contenir les énonciations exigées par l'art. 2153. Lorsqu'un créancier, au profit duquel le mari a constitué une hypothèque conventionnelle, a obtenu en même temps la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme, la simple mention de la subrogation dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, n'équivaut pas à l'inscription de l'hypothèque légale, et ne saurait en tenir lieu [22]. Cependant il n'est pas indispensable que les deux hypothèques soient inscrites séparément : l'inscription de l'hypothèque légale peut être prise cumulativement avec celle de l'hypothèque conventionnelle, et sera suffisante, en ce qui concerne la première, si elle contient les énonciations requises par l'article 2153 [23].

L'inscription de l'hypothèque légale de la femme, qu'un créancier subrogé à cette hypothèque a requise dans des termes indiquant qu'il a agi pour son intérêt exclusif et en vue seulement d'as-

de savoir si l'hypothèque légale de la femme était susceptible d'être cédée séparément de ses droits et créances. Ajoutons que le but de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 serait complétement manqué, à l'égard des tiers comme de la femme elle-même, si son application pouvait dépendre des termes dans lesquels cette dernière renoncerait ou subrogerait à son hypothèque légale.

21 Bertauld, *op. cit.*, n° 96.

22 Mourlon, *Revue pratique*, 1856, I, p. 560. Amiens, 14 août 1839, Sir., 40, 2, 305. Amiens, 10 juillet 1843, Sir., 46, 2, 395. Civ. rej., 4 février 1856, Sir., 56, 1, 225. Paris, 27 février 1857, Sir., 57, 2, 283. Req. rej., 1er juin 1859, Sir., 61, 1, 223. Civ. rej., 21 juillet 1863, Sir., 63, 1, 489. Voy. en sens contraire : Pont, *Revue critique*, 1857, IX, p. 97; Paris, 30 juin et 31 août 1854, Sir., 55, 2, 177; Bourges, 20 avril 1859, Sir., 60, 2, 241.

23 Rivière et François, *Explication de la loi du 23 mars 1855*, n° 136. Troplong, *De la transcription*, n° 343. Pont, nos 781 et suiv. Orléans, 20 février 1857, Sir., 57, 2, 200. Dijon, 13 juillet 1858, Sir., 59, 2, 366. Voy. en sens contraire : Mourlon, *Revue pratique*, 1856, I, p. 95.

surer l'effet de la subrogation, ne profite pas à la femme ou à ses héritiers, qui n'en restent pas moins soumis, au cas de purge, ou lors de la dissolution du mariage, à la nécessité de prendre inscription en leur propre nom, dans le délai de deux mois à dater de la notification faite en conformité de l'art. 2194, ou dans l'année qui a suivi la dissolution du mariage[24].

A plus forte raison, une pareille inscription ne profite-t-elle pas aux autres créanciers subrogés, qui ne pourraient, pour la conservation de leurs droits, se contenter de faire mentionner la subrogation en marge de cette inscription[25].

Que si l'inscription avait été requise dans des termes généraux, qui dussent la faire considérer comme prise au nom de la femme elle-même, le bénéfice pourrait en être invoqué par celle-ci et par tous les créanciers subrogés à son hypothèque légale, sans qu'il fût permis d'établir, à l'aide de preuves puisées en dehors des énonciations de l'inscription elle-même, qu'elle a été prise dans l'intérêt exclusif de l'un ou l'autre de ces créanciers[26].

Du reste, les renonciations (*in favorem tertii*) ou les subrogations à l'hypothèque légale de la femme ne sont pas soumises aux conditions prescrites par les art. 2144 et 2145[27].

4° *Des effets de la renonciation ou de la subrogation à l'hypothèque légale, quant aux personnes au profit desquelles elle a eu lieu.*

Toute renonciation, expresse ou tacite, à l'hypothèque légale, consentie par la femme en faveur d'un de ses créanciers personnels ou d'un créancier du mari, doit en général, et d'après l'intention probable des parties, être considérée comme translative et comme emportant, de même qu'une cession formelle, une véritable subrogation à cette hypothèque[28]. Le créancier au profit duquel

[24] Arg. art. 9 de la loi du 23 mars 1855. Bertauld, *op. cit.*, n° 101. Civ. rej., 21 juillet 1863, Sir., 63, 1, 493. Cpr. § 281, texte n° 1, *in fine*.

[25] Civ. rej., 4 février 1856, Sir., 56, 1, 225. Paris, 27 février 1857, Sir., 57, 2, 283. Req. rej., 1er juin 1859, Sir., 61, 1, 223. Req. rej., 1er mai 1866, Sir., 66, 1, 187.

[26] Civ. cass., 25 février 1862, Sir., 62, 1, 356. Civ. rej., 3 juillet 1866, Sir., 66, 1, 345.

[27] Voy. § 264 *ter*, texte n° 7, notes 81 et 82.

[28] Proudhon (*De l'usufruit*, V, 2339) et M. Mourlon (*Des subrogations*, p. 598

la renonciation a eu lieu, est donc, comme tout subrogé, autorisé à exercer, en son propre nom, les droits hypothécaires de la femme.

Quant à la renonciation consentie en faveur d'un acquéreur d'immeubles vendus par le mari, elle est simplement abdicative, lorsqu'il n'existe pas sur ces immeubles d'hypothèques postérieures en rang à celle de la femme, parce que, dans ce cas, elle ne peut avoir d'autre objet que de mettre l'acquéreur à l'abri de l'exercice de l'hypothèque légale, de la part de la femme elle-même ou des créanciers auxquels elle pourrait ultérieurement la céder [29]. Au cas

et suiv.) avaient, au contraire, soutenu que les renonciations à l'hypothèque légale des femmes mariées n'étaient jamais que privatives ou extinctives. En partant de là, M. Mourlon avait été conduit à décider que la femme qui, sans *céder* son hypothèque légale, y avait simplement renoncé au profit d'un créancier du mari, conservait vis-à-vis de ce créancier, le droit de concourir, au marc le franc de leurs créances respectives, sur le prix des immeubles auxquelles s'appliquait la renonciation. Mais cette théorie, qui avait le tort de résoudre, en principe de droit, des questions d'interprétation de conventions, et qui était en opposition avec l'intention ordinaire et vraisemblable des parties, a été repoussée avec raison par la grande majorité des auteurs et par la jurisprudence. Troplong, II, 906, et *De la transcription*, n° 332. Gauthier, *Des subrogations*, n° 583. Bertauld, *op. cit.*, n° 50. Pont, n°s 476 et 477. Rivière et Huguet, *op. cit.*, n°s 385 et suiv. Paris, 1er juin 1807, Amiens, 17 mars 1823, Req. rej., 15 juin 1825, Nancy, 22 mai 1826, Req. rej., 2 avril 1829, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, 2, 251, VII, 2, 182, VIII, 1, 137, VIII, 2, 236, IX, 1, 266. Lyon, 7 avril 1854, Sir., 54, 2, 577. Req. rej., 8 août 1854, Sir., 54, 1, 521. Cpr. en sens contraire : Paris, 23 août 1853, Sir., 53, 2, 545 ; et trois arrêts de la Cour de Caen, rapportés par M. Bertauld, *op. cit.*, n° 21. Voy. aussi : Benech, *Du nantissement*, n° 64. Cet auteur croit devoir distinguer entre la renonciation expresse et la renonciation tacite, et incline à n'attribuer à cette dernière qu'un caractère simplement abdicatif : mais cette distinction n'a pas de fondement solide. Ajoutons que la doctrine émise au texte a été consacrée par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, qui place sur la même ligue les renonciations et les cessions formelles, en y attachant les mêmes effets.

[29] C'est à tort que quelques auteurs (voy. Pont, n°s 484 et 186 ; Mourlon, *Revue pratique*, 1856, 1, p. 188 et suiv.) qualifient d'*extinctive* la renonciation à l'hypothèque légale consentie par la femme en faveur de l'acquéreur d'immeubles soumis à cette hypothèque. Les renonciations de cette espèce, qui peuvent même, d'après l'intention des parties, revêtir un caractère translatif, ne sont, en dehors de cette hypothèse, que de simples promesses d'abstention de la part de la femme, promesses qui, à l'égard des créanciers du mari, laissent subsister ses droits hypothécaires. Cpr. texte et notes 7 à 9 *supra*.

contraire, on doit la considérer comme translative, en ce sens que l'acquéreur, qui, après avoir payé son prix, se trouve obligé de purger ou de délaisser, peut, dans l'ordre ouvert sur le mari, exercer, à l'encontre des créanciers postérieurs en rang à la femme, les droits hypothécaires de celle-ci[30].

La subrogation dans l'hypothèque légale, de quelque manière et sous quelque forme qu'elle se soit opérée, n'investit le créancier subrogé, ni de la propriété des créances de la femme contre le mari, ni même de son hypothèque, laquelle reste attachée comme accessoire à ses droits et reprises : elle confère seulement au subrogé le droit d'exercer éventuellement, et jusqu'à concurrence de sa créance, les droits hypothécaires de la femme, dans la même mesure et sous les mêmes conditions qu'elle pourrait le faire elle-même[31]. L'effet de la subrogation demeure donc subordonné à la double condition que la femme se trouve, au moment où il s'agira de la faire valoir, créancière de son mari, et que son hypothèque ait été conservée[32].

Cette manière d'envisager la subrogation conduit, entre autres, aux applications suivantes :

a. La subrogation consentie par une femme commune en biens s'évanouit, comme étant sans objet, s'il résulte de la liquidation ultérieure de ses droits, qu'au lieu d'être créancière, elle est débitrice de la communauté ou de son mari[33].

b. Il en est de même de la subrogation consentie par une femme mariée sous le régime de la communauté, avec faculté de reprendre ses apports, mais en cas de renonciation seulement, lorsque, par

30 Les créanciers du mari ne sauraient se prévaloir de la renonciation à l'hypothèque légale, pour empêcher l'acquéreur de s'en servir contre eux, comme exerçant les droits de la femme. Arg. art. 1165. Mourlon, *Des subrogations*, p. 609. Bertauld, *op. cit.*, n° 140. Civ. cass., 14 janvier 1817, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 1, 272.

31 Cpr. § 288, texte et note 11.

32 On peut objecter que, d'après cette manière de voir, la subrogation ne confère pas d'avantage assuré, et peut devenir illusoire. Cela est vrai; mais ce n'est pas une raison pour attacher aux conventions de cette nature des effets qui dépasseraient l'intention réelle des parties, et qu'une cession véritable ou un nantissement régulier pourraient seuls produire. Voy. en sens contraire : Bertauld, *op. cit.*, n°s 116 et suiv.

33 Pont, n° 482. Paris, 3 février 1855, Sir., 55, 2, 307.

suite de l'acceptation de la communauté, elle n'a plus de reprises, ni de répétitions à exercer contre le mari [34].

c. Si les héritiers de la femme sont en même temps les héritiers du mari, et qu'après avoir accepté la succession de la femme, ils acceptent aussi purement et simplement celle du mari, ou réciproquement, la réunion en leur personne des qualités de créanciers et de débiteurs des droits et reprises de la femme opère une confusion, qui ne permet plus au créancier subrogé à l'hypothèque légale de se prévaloir de cette hypothèque [35].

d. Lorsque la femme commune en biens, après avoir subrogé un créancier, envers lequel elle s'est coobligée avec le mari, dans son hypothèque légale sur un conquêt spécialement affecté à ce créancier, se fait, par voie de partage, attribuer le même immeuble pour se remplir de ses reprises, la subrogation se trouve rétroactivement anéantie avec l'hypothèque légale elle-même [36].

e. Par une raison analogue, la subrogation générale dans l'hypothèque légale d'une femme commune en biens, ne peut, au cas d'acceptation de la communauté, porter en principe quant aux conquêts, que sur la moitié appartenant au mari ou à ses héritiers ; de sorte que, si des immeubles de cette espèce sont, ou vendus par la femme conjointement avec les héritiers du mari, ou expropriés sur eux, le créancier subrogé ne peut faire valoir la subrogation que pour la moitié du prix afférente à ces derniers [37].

Au surplus, la convention par laquelle une femme mariée a consenti une subrogation, expresse ou tacite, dans son hypothèque légale, est irrévocable en soi : la femme ne peut, ni la rétracter unilatéralement, ni en amoindrir l'effet, soit par de nouvelles cessions ou subrogations, soit en consentant à la réduction de son hypothèque légale [38].

34 Bertauld, n° 126. Pont, n° 483. Req. rej., 30 avril 1849, Sir., 49, 1, 465.

35 Pont, *loc. cit.* Orléans, 16 mars 1849, Sir., 49, 2, 449. Voy. en sens contraire : Bertauld, *op. cit.*, n°s 117 et 118. Cet auteur est conséquent à sa théorie, d'après laquelle la femme se trouve, par l'effet de la subrogation, éventuellement, mais irrévocablement, dessaisie de ses droits et reprises au profit du subrogé.

36 Voy. § 264 *ter*, texte n° 3 et note 34.

37 Paris, 31 mars 1853, Sir., 53, 2, 337.

38 Bordeaux, 10 août 1854, Sir., 54, 2, 98.

D'un autre côté, l'acquéreur d'immeubles soumis à l'hypothèque légale est tenu, lorsqu'il veut les purger, de faire les notifications nécessaires, non-seulement à la femme elle-même, mais encore aux créanciers dont les subrogations ont été rendues publiques dans la forme prescrite par la loi [39].

L'effet de la subrogation consentie en faveur d'un créancier ayant, de son propre chef, une hypothèque spéciale ou générale sur les biens du mari, est indépendant de la conservation de cette hypothèque. La péremption de l'inscription personnelle du créancier, et la perte même de son hypothèque, n'empêcheraient pas qu'il ne pût faire valoir la subrogation [40].

Le créancier dont la subrogation est générale, en ce sens qu'elle n'a pas été restreinte à certains immeubles du mari, est autorisé à exercer les droits hypothécaires de la femme, même sur les biens aliénés antérieurement à la convention de subrogation [41].

La subrogation ne pouvant jamais valoir que dans la mesure des droits de la femme, le créancier qui entend en faire usage, est tenu de prouver l'existence, dans la personne de celle-ci, de créances contre son mari, et d'en établir la quotité. Toutefois, quand la subrogation résulte d'une obligation contractée par la femme conjointement avec le mari, le créancier peut, à raison de cet engagement même et de l'indemnité à laquelle il donne lieu, se faire colloquer à la date de l'obligation, bien que la femme n'ait aucune autre créance à faire valoir contre son mari [42].

[39] Angers, 3 avril 1835, Sir., 35, 2, 226. Cpr. cep. Amiens, 10 juillet 1843, Sir., 46, 2, 395.

[40] Pont, n° 477. Req. rej., 8 août 1853, Sir., 54, 1, 523. Voy. en sens contraire : Paris, 24 août 1853, Sir., 53, 2, 545. La Cour de Paris est partie de l'idée erronée que la renonciation tacite résultant du concours de la femme à un acte d'emprunt, avec affectation hypothécaire de la part du mari, est simplement abdicative et n'équivaut qu'à une cession de priorité de rang. Cpr. texte n° 4 et note 28 *supra*.

[41] Cpr. Civ. cass., 18 décembre 1854, Sir., 55, 1, 247. Il s'agissait, dans l'espèce sur laquelle cet arrêt est intervenu, d'une subrogation légale par suite de paiement ; mais la solution s'applique, par identité de motifs, aux subrogations dont nous nous occupons ici, à moins que le contraire ne doive s'induire de la convention.

[42] Orléans, 12 juillet 1854, Sir., 54, 2, 561. Metz, 22 janvier 1856, Sir., 56, 2, 395.

Lorsqu'une femme mariée a successivement subrogé plusieurs créanciers dans son hypothèque légale, l'ordre d'après lequel ils sont admis à exercer ses droits hypothécaires, ne se détermine plus, comme autrefois, par les dates respectives des actes de subrogation, mais exlusivement par les dates des inscriptions prises par ces créanciers, ou des mentions de leurs subrogations en marge d'inscriptions préexistantes[43]. Loi du 23 mars 1855, art. 9.

La femme qui a consenti des subrogations, soit expresses, soit tacites, à son hypothèque légale, est primée par les subrogés dans les limites de leurs subrogations, et n'est pas admise à concourir avec eux, au marc le franc de leurs prétentions respectives, sur le prix des immeubles du mari[44].

Les deux propositions précédentes ne s'appliquent qu'au cas où la subrogation porte sur l'intégralité de l'hypothèque légale. Au cas de subrogation partielle, la position respective des créanciers successivement subrogés dans cette hypothèque, et celle de la femme vis-à-vis de ces créanciers, se déterminent d'après les règles exposées au § 288.

5° Des effets, quant à la femme, de l'exercice de la subrogation.

La question de savoir quels effets produit sur la position et les droits de la femme, l'usage ou l'exercice des subrogations par elle consenties, doit se résoudre d'après le principe que de pareilles subrogations ne peuvent nuire, soit au mari, soit à ses créanciers hypothécaires ou aux acquéreurs de ses biens, et qu'elles ne peuvent, d'un autre côté, profiter qu'à ceux en faveur desquels elles ont été faites. Ce principe conduit, suivant la diversité des cas, aux applications suivantes.

Lorsqu'il est question d'une subrogation consentie au profit d'un créancier de la femme seule, ou d'un tiers qui n'avait pas le mari pour débiteur, les sommes touchées par le subrogé sur le prix d'immeubles du mari, réduisent d'autant les droits et créances de la femme contre ce dernier[45].

S'agit-il au contraire, ce qui arrive le plus fréquemment, d'une subrogation consentie au profit d'un créancier du mari, il faut, pour

43 Voy. texte n° 3 et note 15 *supra*.

44 Cpr. texte n° 4 et note 28 *supra*.

45 En pareil cas, le mari paie pour la femme, et se libère d'autant envers elle.

en déterminer les effets à l'égard de la femme elle-même, distinguer si elle a eu lieu en faveur, d'un créancier simplement chirographaire, ou d'un créancier à hypothèque spéciale, ou enfin d'un créancier à hypothèque générale.

L'exercice de la subrogation à l'hypothèque légale par un créancier chirographaire du mari, fait perdre à la femme, vis-à-vis des créanciers antérieurs à la subrogation, et dans la mesure de la collocation obtenue par le subrogé, le bénéfice du rang attaché à la créance à raison de laquelle il a été colloqué [46]. Elle lui fait perdre également, dans la même mesure, au regard des tiers acquéreurs des biens du mari, le droit de suite inhérent à cette créance [47]. Mais comme, en pareil cas, la femme a le droit de réclamer de son mari une indemnité, garantie à la date de la subrogation par l'hypothèque légale, elle pourra faire valoir cette hypothèque contre les créanciers hypothécaires dont les inscriptions seraient postérieures à la subrogation, et contre les tiers-acquéreurs dont les titres n'auraient été transcrits que depuis cet acte [48].

Les mêmes solutions doivent être admises, lorsque la subrogation a été exercée, par un créancier à hypothèque spéciale, sur des immeubles autres que ceux qui lui étaient affectés [49].

Que si la collocation en vertu de la subrogation avait été obtenue, par un créancier à hypothèque spéciale, sur des immeubles qui lui étaient affectés, ou par un créancier à hypothèque générale, la femme ne perdrait le bénéfice du rang attaché à la créance à raison de laquelle le subrogé a été colloqué, que vis-à-vis des créanciers hypothécaires antérieurs à ce dernier, qui ne les a primés qu'en vertu de la subrogation [50]. Dans ce même cas, l'effet de l'exercice

46 Le subrogé n'ayant pas d'hypothèque de son propre chef, n'a pu arriver à l'ordre que comme exerçant la créance hypothécaire de la femme. Celle-ci ne peut, dès lors, primer une seconde fois, pour la même créance, les créanciers antérieurs à la subrogation.

47 La femme, en effet, ne peut, par l'effet de la subrogation, augmenter, au détriment des acquéreurs des biens du mari, le passif hypothécaire de ce dernier. Req. rej., 11 février 1867, Sir., 67, 1, 101.

48 Art. 1431 et 2135, al. 5. Cpr. l'arrêt cité à la note précédente.

49 En effet, le créancier à hypothèque spéciale n'est qu'un créancier chirographaire quant aux immeubles qui ne lui sont pas affectés.

50 Gauthier, *De la subrogation*, nos 587 et 588. La proposition énoncée au texte ne saurait faire difficulté dans notre système, d'après lequel la subrogation n'emporte ni transport, même simplement éventuel, des créances de la femme

de la subrogation quant au droit de suite qui compétait à la femme, varie suivant la diversité des situations. Le subrogé a-t-il été colloqué sur le prix de biens qui étaient restés en la possession du mari, la femme conserve intégralement son droit de suite contre les tiers détenteurs des biens aliénés par ce dernier[51]. La collocation a-t-elle été obtenue sur le prix d'un immeuble qui se trouvait entre les mains d'un tiers détenteur, mais sur lequel le subrogé avait hypothèque de son propre chef, la femme ne conservera son droit de suite contre les autres tiers détenteurs des immeubles aliénés par son mari, que déduction faite de la part pour laquelle ces derniers auraient pu rechercher le propriétaire de l'immeuble sur lequel le subrogé a été colloqué[52]. Enfin, la collocation a-t-elle eu lieu sur le prix d'un immeuble aliéné par le mari, mais qui n'était pas affecté au subrogé de son propre chef, la femme perdra son droit de suite pour tout le montant de la collocation obtenue par ce dernier.

Il est, du reste, à remarquer que le créancier qui, en vertu de la subrogation, a obtenu une collocation dans un ordre ouvert sur le mari, étant en réalité payé au moyen de deniers que l'hypothèque légale assurait à la femme, celle-ci se trouvera, aux termes de l'art. 1251, n° 3, légalement subrogée aux droits de ce créancier contre les codébiteurs du mari, ainsi qu'aux hypothèques par eux constituées. Et ces hypothèques, elle sera admise à les exercer dans le cas même où elle n'aurait pas conservé son hypothèque légale[53].

contre son mari, ni transmission proprement dite de son hypothèque. Mais la théorie qui voit dans la subrogation un transport éventuel des créances de la femme, devait aboutir à la conclusion contraire. Et c'est effectivement dans ce sens que se prononce M. Bertauld (nos 129 et suiv.). — Si l'hypothèque personnelle du créancier subrogé primait celles des autres créanciers du mari, il devrait être considéré comme n'ayant point usé de la subrogation, et par suite la femme conserverait, vis-à-vis de ces derniers, son rang hypothécaire pour la totalité de ses droits et créances.

51 Paris, 27 mai 1848, Sir., 49, 2, 283.

52 Dans ce cas, le passif hypothécaire du mari ne s'est pas trouvé augmenté, au préjudice des tiers détenteurs, par l'effet même de la subrogation. Mais leur position serait aggravée, si la femme pouvait les poursuivre pour la totalité de ses droits, puisqu'ils sont privés de tout recours en contribution contre le tiers détenteur sur lequel le subrogé a été colloqué.

53 Req. rej., 30 décembre 1844, Sir., 45, 1, 367. Lyon, 4 août 1853 et 11 août 1855, Sir., 55, 2, 30 et 687.

CHAPITRE VI.

Du rang des priviléges et des hypothèques.

§ 289.

Du rang des priviléges sur les meubles.

Le rang des priviléges sur les meubles, établis par des lois spéciales, étant fixé par ces lois elles-mêmes, et se trouvant indiqué au § 263 *bis*, nous nous bornerons à y renvoyer.

Le Code Napoléon est loin de décider explicitement toutes les questions de préférence que peut soulever la collision entre les différents priviléges qu'il établit sur les meubles.

Il fixe le rang respectif des priviléges généraux, en statuant qu'ils s'exercent dans l'ordre d'après lequel l'art. 2101 les énumère.

Il règle également le rang respectif du privilége du locateur en concours, soit avec les créanciers mentionnés à l'al. 4 du n° 1 de l'art. 2102, soit avec le vendeur, non encore payé, d'objets garnissant la maison ou la ferme louée. Art. 2102, n° 4, al. 3.

Enfin, l'art. 662 du Code de procédure, statuant sur le concours qui peut s'élever entre le locateur et les créanciers pour frais de justice, donne la préférence au premier.

Quant aux autres questions que peut faire naître la collision entre les différents priviléges sur les meubles, elles doivent, en l'absence de textes qui les décident, être résolues par application du principe *Privilegia ex causa æstimantur*, et d'après l'analogie que fournissent les dispositions spéciales qui déterminent le degré de faveur attribué par la loi aux priviléges dont elle fixe expressément le rang. Art. 2096.

Cette règle s'applique non-seulement au cas de collision entre des priviléges spéciaux [1], mais encore à celui où des

[1] Comme l'art. 2102 ne renferme pas de disposition semblable à celle qui se trouve dans le premier alinéa de l'art. 2101, rien n'autorise à s'arrêter, pour le classement des priviléges spéciaux sur les meubles, à l'ordre d'énumération dans lequel ils sont établis. D'ailleurs ce mode de classement conduirait aux conséquences les plus bizarres. Il en résulterait que le créancier pour frais de conservation, qui est primé par le créancier gagiste, primerait l'aubergiste et le voiturier, qui cependant sont nantis comme le véritable gagiste, et jouissent à son instar d'un droit de rétention. La même inconséquence se produirait en ce qui concerne le privilége du vendeur. Voy. cep. Persil, sur les art. 2101 et 2103.

priviléges généraux se trouvent en concours avec des priviléges spéciaux [2].

[2] On ne peut décider la question de préférence entre les priviléges généraux et les priviléges spéciaux sur les meubles par la seule considération de la généralité des uns et de la spécialité des autres, parce que ces caractères ne sont pas la conséquence du plus ou moins de faveur que la loi attache à ces deux classes de priviléges, mais le résultat de la nature même des créances qu'ils sont destinés à garantir. En effet, les créances auxquelles la loi accorde un privilége général, ne se rapportant à aucun objet particulier du patrimoine du débiteur, on ne pouvait y attacher d'autre sûreté qu'un privilége portant sur l'ensemble de ce patrimoine. A l'inverse, il eût été peu rationnel d'accorder un privilége général à des créances qui, se rattachant à des objets particuliers, ne doivent par cela même être privilégiées que sur ces objets. En prenant collectivement les priviléges généraux et les priviléges spéciaux pour les opposer classe à classe, on rencontre d'ailleurs des objections également insolubles, de quelque manière qu'on résolve la question de préférence. Le système qui accorde la primauté aux priviléges généraux, à raison de leur généralité même, heurte de front la disposition de l'art. 2073 du Code Napoléon, et plus manifestement encore celles des art. 661 et 662 du Code de procédure. Voy. cep. dans le sens de cette opinion : Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, section III, § 1; Maleville, sur l'art. 2102; Delvincourt, III, p. 277 à 279; Favard, *Rép.*, v° Privilége, section III, § 1; Grenier, II, 298; Troplong, I, 74; Pont, n° 178; Chauveau sur Carré, *Quest.*, 2177; Zachariæ, § 290, texte et note 1; Jay, *Revue critique*, 1852, II, p. 116; Le Menuet, même *Revue*, 1855, VII, p. 66; Limoges, 15 juillet 1813, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 342; Rouen, 12 mai 1828, *ibid.*, IX, 2, 79; Poitiers, 30 juillet 1830, Sir., 31, 2, 88; Rouen, 30 janvier 1851, Sir., 51, 2, 281; Bordeaux, 12 avril 1853, Sir., 53, 2, 444. Le système qui, par une application fort singulière de la règle *In toto jure, generi per speciem derogatur*, donne la préférence aux priviléges spéciaux, conduirait forcément à préférer indistinctement tous les priviléges spéciaux, même aux frais de justice, alors cependant que ces frais profitent d'ordinaire à tous les créanciers, et que l'art. 662 du Code de procédure autorise le prélèvement des frais de distribution avant toute créance autre que celle pour loyers. Voy. cep. dans le sens de ce système: Persil, sur l'art. 2101, *in fine;* Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Privilége, n°s 197 et 198; Valette, n° 119; Sevin, *Revue critique*, 1860, XVI, p. 502; Paris, 27 novembre 1814, Sir., 16, 2, 205; Rouen, 17 juin 1826, Sir., 27, 2, 5; Req. rej., 20 mars 1849, Sir., 50, 1, 106. Notre opinion, d'après laquelle il faut, pour classer les priviléges généraux en concours avec des priviléges spéciaux, les comparer un à un, se rapproche de la théorie que M. Demante a développée dans la *Thémis* (VI, p. 130 et 248), et dont le résumé se trouve au *Programme de son cours* (III, 926 et suiv.). Elle a été, dans ces derniers temps, consacrée par la Chambre civile de la Cour de cassation (Civ. rej., 19 janvier 1864, Sir., 64, 1, 60). Voy. également dans ce sens : Duranton, XIX, 203; Taulier, VII, p. 192.

La faveur plus ou moins grande qui s'attache à tel ou tel privilége, doit être appréciée d'après la cause sur laquelle il est fondé. Tous les priviléges sur les meubles, établis par le Code Napoléon, peuvent se rattacher à l'une des cinq causes suivantes :

1° Constatation et conservation de la masse commune, réalisation de cette masse, et distribution du prix en provenant.

2° Propriété censée retenue jusqu'à certain point, tant que celui qui a aliéné une chose à titre onéreux, n'en a pas encore touché le prix.

3° Conservation d'une chose particulière.

4° Détention de bonne foi résultant d'un nantissement exprès ou tacite.

5° Motifs d'humanité ou d'ordre public.

La première de ces causes doit assurer au créancier en faveur duquel elle milite, la préférence sur tous les autres. Celui qui avance des frais dans l'intérêt d'une masse à distribuer, gérant utilement l'affaire de tous les créanciers de cette masse, doit être payé par chacun d'eux dans la proportion de ce qu'ils toucheront par suite de la distribution, et ce remboursement s'effectue, de la manière la plus simple, par voie de prélèvement sur l'ensemble des sommes à distribuer.

Toutefois, ce motif de préférence n'existe, dans toute son étendue, que pour les frais de justice avancés dans l'intérêt commun de tous les créanciers. Si, parmi les créanciers, il s'en trouve dont les priviléges soient susceptibles d'être réalisés indépendamment de l'une ou de plusieurs des opérations faites dans l'intérêt des autres créanciers, les frais de ces opérations ne doivent pas être prélevés sur le prix des objets affectés à leur privilége [3]. Cette exception, que les art. 662 du Code de procédure et 461 du Code de commerce consacrent spécialement au profit du locateur, s'applique à tous les priviléges fondés sur un nantissement exprès ou tacite.

La faveur de la propriété semblerait devoir faire assigner le second rang au vendeur d'objets mobiliers, resté créancier du prix de vente.

Mais l'art. 2102, n° 4, al. 3, en disposant expressément que le privilége du vendeur ne s'exerce qu'après celui du locateur, à moins que ce dernier n'ait su que le prix des objets apportés dans

[3] Voy. les autorités citées aux notes 6 à 8 du § 260.

la ferme ou dans la maison louée était encore dû, donne clairement à entendre qu'en fait de meubles, la faveur due à la propriété doit fléchir, non-seulement devant la possession *animo domini*, mais même devant une simple détention de bonne foi, fondée sur un nantissement exprès ou tacite. Il en résulte que la disposition précitée doit être étendue aux priviléges du gagiste, du voiturier, de l'aubergiste, et du créancier pour faits de charge[5].

D'un autre côté, l'art. 2105 fait marcher tous les priviléges généraux énumérés les art. 2101, avant le privilége du vendeur d'un immeuble ; et cette disposition s'applique, par identité de raison, au vendeur d'objets mobiliers.

Enfin, le vendeur est également primé par celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose vendue, puisque ces frais ont tourné à son profit.

D'après des raisons identiques ou analogues à celles qui ont été indiquées plus haut, le conservateur d'une chose particulière, qui prime le vendeur est, comme ce dernier et sous les mêmes conditions, primé par le locateur, le gagiste, l'aubergiste et le voiturier, ainsi que par les créanciers ayant un privilége général. Toutefois si, depuis l'établissement du nantissement, la chose qui en fait l'objet avait reçu des réparations, dont les frais fussent encore dus, ces frais primeraient le privilége du locateur, ou de tout autre créancier nanti.

Le rang des priviléges spéciaux, fondés sur un nantissement exprès ou tacite, en concours avec d'autres priviléges spéciaux, est suffisamment déterminé par les observations qui précèdent.

Il en est de même du rang des priviléges généraux, établis par les quatre derniers numéros de l'art. 2101, en tant qu'ils se trouvent en collision avec des priviléges spéciaux, autres que ceux qui résultent d'un nantissement exprès ou tacite.

Quant à la question de savoir si les motifs d'humanité et d'ordre public qui ont fait admettre des priviléges généraux, sont de nature à prévaloir sur la faveur attachée, en fait de meubles, à la détention de bonne foi, elle doit être résolue négativement. Le droit accordé au locateur de faire statuer par voie de référé sur son privilége, et la préférence qui lui est attribuée même sur les frais

[5] Le cautionnement à fournir par certains fonctionnaires publics est un véritable gage déposé au Trésor dans l'intérêt des créanciers éventuels pour faits de charge. Cpr. art. 2076.

de distribution par les art. 661 et 662 du Code de procédure, démontrent qu'il a été dans l'intention du législateur de lui donner le pas sur tous les autres priviléges généraux, qui sont eux-mêmes primés par les frais de justice[6]; et l'on doit, par analogie, accorder la même préférence à tous les créanciers nantis[7]. Néanmoins, comme les frais funéraires profitent au locateur ou à l'aubergiste, lorsque le débiteur est mort chez eux, ces derniers se trouvent, dans ce cas, primés par ceux auxquels ces frais sont dus.

D'après les principes qui viennent d'être développés, les créanciers auxquels compètent des priviléges spéciaux sur des meubles, doivent, lorsqu'ils sont en recours entre eux, être classés dans l'ordre suivant :

1° Le créancier dont le privilége est fondé sur un nantissement exprès ou tacite.

2° Le conservateur de la chose.

3° Le vendeur.

Toutefois, le créancier nanti sera primé par le conservateur de la chose et par le vendeur, s'il est prouvé qu'il avait, lors de l'établissement du nantissement, connaissance de la cause de préférence qui militait en faveur de ces derniers. D'un autre côté, le créancier nanti sera également primé par le conservateur de la chose, si les frais de conservation n'ont été faits que postérieurement à l'établissement du nantissement.

Lorsque le concours s'établit entre des priviléges généraux et des priviléges spéciaux, leur rang respectif doit être fixé ainsi qu'il suit :

1° Le privilége des frais de justice. Il prime, d'une manière absolue, ceux du vendeur et du créancier pour frais de conservation. Il prime pareillement les priviléges fondés sur le nantissement, mais avec cette restriction que le créancier nanti, n'étant pas tenu de supporter la partie des frais de justice dont il n'a pas profité, est préféré, quant à ces frais, à ceux auxquels ils sont dus.

[6] Paris, 25 février 1830, Sir., 32, 2, 299. Douai, 21 janvier 1865, Sir., 65, 2, 237.

[7] Une considération qui nous paraît décisive en faveur de la proposition énoncée au texte, c'est que tous les créanciers nantis jouissent, à l'instar du créancier gagiste, d'un droit de rétention, qui leur permet de s'opposer, tant qu'ils n'ont pas été complétement satisfaits, aux poursuites de tous les autres créanciers. Cpr. Code de commerce, art. 95, 106, 574 et 548. Civ. rej., 19 janvier 1864, Sir., 64, 1, 60.

2° Les différents priviléges fondés sur le nantissement, sous la réserve de la double modification indiquée ci-dessus.

3° Les priviléges généraux, autres que celui des frais de justice.

4° Le privilége pour conservation d'une chose particulière.

5° Le privilége pour prix de vente.

Le conservateur et le vendeur, qui primeraient par exception un créancier nanti, ne pourraient s'autoriser de cette circonstance pour réclamer la priorité sur ceux des priviléges généraux qui seraient eux-mêmes primés par le privilége du créancier nanti. Ils ne doivent, même dans ce cas, être colloqués qu'après les priviléges généraux, sauf à prélever le montant de leurs créances sur la collocation qu'obtiendra le créancier nanti, lequel, à son tour, profitera de celle qui leur sera attribuée.

Les diverses créances qui, jouissant d'un privilége établi par la même disposition, se trouvent au même rang, viennent en concurrence, sans qu'il y ait lieu d'établir entre eux un nouvel ordre de préférence[8]. Art. 2097. Art. 2101, n° 3, et arg. de cet article.

C'est ainsi que les différents créanciers, soit pour frais de justice, soit pour frais funéraires, viennent à rang égal. Il en est de même des créanciers pour frais de semences en concours avec des créanciers pour frais de récolte. Cpr. art. 2101, n° 1, al. 4.

§ 290.

Du rang des priviléges sur les immeubles.

Les priviléges spéciaux sur les immeubles peuvent se trouver en concours, non-seulement entre eux, mais encore avec des priviléges qui s'exercent sur la généralité des meubles et des immeubles, ou avec des hypothèques.

La double question que soulèvent ces deux derniers cas de collision, est résolue par des dispositions expresses de la loi.

Ainsi, aux termes de l'art. 2105, les priviléges portant sur la généralité des meubles et des immeubles sont, en cas d'insuffisance de la masse mobilière, préférés, dans la masse immobilière, aux

[8] Troplong, I, 87 et 89 *bis*. Zachariæ, § 289, texte et note 3. Req. rej., 8 décembre 1825, Sir., 26, 1, 202. C'est à tort que la Cour de Paris (7 mars 1824, Sir., 25, 2, 193) a cru devoir établir une classification particulière entre plusieurs créanciers pour frais de justice.

priviléges spéciaux sur les immeubles, et à plus forte raison aux simples hypothèques.

D'un autre côté, d'après l'art. 2095, les priviléges spéciaux sur les immeubles, dûment conservés comme tels [1], priment les hypothèques, bien que les formalités prescrites pour leur conservation, n'aient été remplies que postérieurement à l'époque à laquelle remonte le rang des hypothèques avec lesquelles ils se trouvent en concours [2].

Cette règle s'applique même au privilége des architectes, entrepreneurs et ouvriers, en concours avec des hypothèques inscrites antérieurement au commencement des travaux. Mais elle souffre exception au cas où le concours s'établit avec des hypothèques inscrites depuis le commencement des travaux, en ce sens qu'au regard de ces hypothèques, le privilége ne prend rang qu'à la date de l'inscription du premier procès-verbal exigé par l'art. 2110 [3].

Pour ce qui est du concours qui peut s'établir entre les différents priviléges spéciaux sur des immeubles, il est à remarquer que les cinq priviléges énumérés par l'art. 2103 se réduisent en réalité à trois, puisque les bailleurs de fonds dont s'occupent les n°s 2 et 5 de cet article, ne sont à considérer que comme subrogés aux priviléges de ceux qu'ils ont désintéressés. Il en résulte, d'une part, qu'ils se trouvent placés sur la même ligne au regard des autres créanciers. Il en résulte, d'un autre côté, que le vendeur ou l'architecte qui n'a reçu du bailleur de fonds qu'un paiement partiel, est, à moins de convention contraire, préféré à celui-ci pour ce qui lui reste dû [4], et que s'il existe plusieurs bailleurs de fonds, ils viennent tous en concurrence, sans égard aux dates respectives des paiements par eux faits [5].

[1] La règle posée au texte ne s'applique pas aux priviléges dégénérés en simples hypothèques, faute d'avoir été conservés comme tels dans le délai fixé à cet effet par la loi. Cpr. sur la conservation des priviléges : § 278.

[2] L'art. 2106 porte, à la vérité, que les priviléges ne produisent d'effet entre les créanciers qu'autant qu'ils sont inscrits, *et à compter de la date de cette inscription ;* mais il ajoute immédiatement que cette règle est sujette à certaines exceptions résultant des art. 2107 et suiv. Nous nous bornerons à renvoyer au § 278, où ces exceptions ont été expliquées en détail.

[3] Voy. sur ces deux propositions : § 278, texte n° 4, notes 34 et 35.

[4] Arg. art. 1252. Rennusson, *Traité de la subrogation,* ch. XV, n° 9. Grenier, II, 394. Troplong, I, 233.

[5] Cpr. § 321, texte n° 4, *in fine.*

En cas de plusieurs ventes successives du même immeuble, le premier vendeur est préféré au second, le second au troisième, et ainsi de suite. Art. 2103, n° 1, al. 2.

De même, au cas de concours du privilége du vendeur avec celui du copartageant, la prééminence de l'un sur l'autre se détermine par la priorité de la vente ou du partage.

Le privilége des architectes, entrepreneurs et ouvriers, qui ne porte que sur la mieux-value résultant des constructions ou réparations, doit, quant à cette mieux-value, l'emporter sur le privilége du vendeur et sur celui du copartageant.

§ 291.

Du rang des hypothèques.

Le rang des hypothèques se détermine non, comme celui des priviléges, *ex causa*, mais *ex tempore*, et d'après la règle *Potior tempore, potior jure*. Il est fixé, quant aux hypothèques soumises à l'inscription, par la date respective des inscriptions prises pour les rendres efficaces à l'égard des tiers. Art. 2134. Il est réglé, en ce qui concerne les hypothèques légales dispensées d'inscription, par les dispositions de l'art. 2135, qui indique les diverses époques auxquelles en remonte l'effet[1].

L'inscription prise à raison d'une hypothèque générale soumise à cette formalité, fixe le rang de l'hypothèque, non-seulement par rapport aux immeubles que le débiteur possédait au moment où elle a été effectuée, mais encore à l'égard de ceux qu'il a acquis ultérieurement[2].

[1] Voy. pour l'explication détaillée de cet article : 264 *bis*, texte n° 5; 264 *ter*, texte n° 6.

[2] Grenier, I, 52, n°s 599 et 732. Zachariæ, § 289, texte et note 4. Lyon, 18 février 1829, Sir., 29, 2, 239. Caen, 5 avril 1856, Sir., 57, 2, 63. Voy. en sens contraire : Persil, *Rég. hyp.*, sur l'art. 2121, n° 7; Delvincourt, III, p. 318 et suiv.; Duranton, XIX, 325. L'opinion de ces derniers auteurs est le résultat d'une confusion entre la question de savoir à partir de quelle époque l'immeuble nouvellement acquis se trouve grevé de l'hypothèque, et celle de savoir d'après quelle donnée doit se régler la préférence sur cet immeuble, entre les créanciers auxquels il se trouvera définitivement affecté. Or, bien que l'hypothèque sur des biens à venir soit subordonnée au fait de leur acquisition, elle n'en confère pas moins au créancier un droit éventuel, auquel s'applique la règle *Potior tempore, potior jure*. Telle est aussi la solution qui ressort de la combinaison des art. 2122 et 2134.

La même règle s'applique aux hypothèques légales dispensées d'inscription, en ce sens qu'entre deux hypothèques de cette nature, c'est à celle qui se trouve être la première en date qu'est due la préférence, même sur les immeubles que le débiteur n'a acquis que postérieurement à la naissance de la seconde [3].

Mais la règle ci-dessus posée est étrangère à l'hypothèque conventionnelle constituée, en conformité de l'art. 2120, sur les biens présents et à venir du débiteur. Cette hypothèque ne prend rang, quant aux immeubles nouvellement acquis, qu'à la date des inscriptions spéciales, prises depuis leur acquisition, et se trouve ainsi primée sur ces immeubles, non-seulement par les hypothèques conventionnelles ou judiciaires précédemment inscrites, mais encore par les hypothèques légales dont l'effet remonte à une époque antérieure [4].

L'hypothèque consentie sous une condition suspensive, prend rang du jour de l'inscription, et non pas seulement du jour où la condition s'est réalisée [5].

C'est également la date de l'inscription, qui détermine le rang d'une hypothèque constituée pour sûreté d'une créance éventuelle ou conditionnelle, quelle que soit l'époque à laquelle l'obligation sera devenue certaine par l'accomplissement de la condition. Cette proposition s'applique, en particulier, à l'hypothèque fournie pour garantie d'une ouverture de crédit [6].

Les hypothèques inscrites le même jour viennent toutes par concurrence et au même rang, sans qu'on doive établir entre elles aucune préférence en raison de l'ordre des inscriptions. Art. 2147. Il n'y a, sous ce rapport, aucune distinction à faire, ni entre les hypothèques générales et les hypothèques spéciales, ni entre les hypothèques ordinaires et les hypothèques légales soumises à l'inscription, ou les priviléges dégénérés en hypothèques faute d'avoir été conservés comme tels [7].

[3] De Fréminville, *De la minorité*, II, 1149. Voy. en sens contraire : Duranton, *loc. cit.*

[4] Voy. les autorités citées à la note 4 du § 273.

[5] Arg. art. 1179. Agen, 3 janvier 1844, Sir., 45, 2, 405.

[6] Cpr. § 266, texte n° 4 et note 71.

[7] Troplong, II, 664. Pont, n°s 735 et 736. Zachariæ, § 289, texte et note 5. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 88.

La même règle s'applique au concours de plusieurs hypothèques légales dispensées d'inscription, dont l'effet remonte au même jour. Elle s'applique également au concours de pareilles hypothèques avec des hypothèques soumises à l'inscription, lorsque ces dernières ont été inscrites le jour auquel remonte l'effet des premières.

CHAPITRE VII.

De l'extinction des priviléges et des hypothèques.

I. *Des modes d'extinction communs aux hypothèques et aux priviléges, soit sur les meubles, soit sur les immeubles.*

§ 292.

1° Les priviléges sur les meubles ou sur les immeubles, ainsi que les hypothèques, s'éteignent par l'extinction de l'obligation principale. Art. 2180, n° 1. Cpr. art. 1234.

Cette proposition s'applique notamment à l'extinction résultant, soit d'un jugement passé en force de chose jugée, qui a déclaré bonne et valable la consignation faite par le débiteur[1], soit de la compensation[2], soit de la novation[3]. Elle s'applique également au cas où l'action personnelle du créancier se trouve éteinte par prescription.

La novation que suppose la dation en paiement, éteint d'une manière définitive, sauf réserve contraire, les priviléges et hypothèques attachés à l'ancienne créance. Ces priviléges et hypothèques ne renaîtraient pas, dans le cas même où le créancier viendrait à être évincé de la chose qu'il a reçue en paiement[4].

[1] Art. 1263. Cpr. § 322, texte *in fine* et note 36.

[2] Art. 1299. Cpr. § 329, texte, notes 4 et 8. Voy. cep. la disposition finale de l'art. 1299, et § 329, texte, notes 6 et 11.

[3] Art. 1278 à 1280. Voy. l'explication de ces articles au § 324, texte n° 5.

[4] Arg. art. 2038. Cpr. § 324, texte n° 5 et note 34; § 429, texte et note 1. Grenier, II, 501. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 847 et suiv.; Martou, IV, 1336; Pont, n° 1230. Ces auteurs, se fondant sur l'autorité de Domat (*Lois civiles*, liv. III, tit, I, sect. VII, n° 6), enseignent que la *datio in solutum* n'opère qu'une extinction conditionnelle, subordonnée à la translation effective de la propriété de l'objet donné en paiement, et doit, par conséquent, être

La novation, extinctive des priviléges et des hypothèques, peut, indépendamment des causes qui ont été indiquées au § 324, résulter de la circonstance que le débiteur hypothécaire, après reddition de compte ou liquidation des droits du créancier, est laissé, à titre d'usufruitier des biens de ce dernier, en possession de la créance à laquelle était attaché le privilége ou l'hypothèque[5].

La confusion ayant plutôt pour effet de neutraliser l'exercice de l'action attachée à la créance que d'éteindre définitivement cette dernière, on doit en conclure que, quand la cause qui avait produit la confusion, vient à disparaître rétroactivement, la créance est à considérer comme ayant toujours subsisté avec ses priviléges et hypothèques[6]. Il est, toutefois, à remarquer que si l'inscription avait été rayée, ou n'avait pas été renouvelée en temps utile, le rang du créancier ne se trouverait plus fixé que par la nouvelle inscription qu'il aurait prise.

La collocation, même pure et simple, obtenue dans un ordre, n'équivaut pas à paiement, et n'éteint par conséquent pas le privilége ou l'hypothèque, qui continue de subsister avec tous ses effets, tant que le créancier n'est pas effectivement payé[7]. Il suit de là que le créancier peut, en renonçant au bénéfice de sa collocation, poursuivre le paiement de ce qui lui est dû snr les autres biens

considérée comme non avenue en cas d'éviction de cet objet. Le législateur aurait pu le décider ainsi, bien qu'en principe l'effet extinctif de la novation soit indépendant des événements ultérieurs par suite desquels le créancier peut rester à découvert. Mais ce qui prouve qu'il n'a pas entendu s'écarter de ce principe pour le cas spécial qui nous occupe, c'est la disposition de l'art. 2038, qui repose évidemment, ainsi que l'ont expliqué les orateurs du gouvernement et du Tribunat, sur cette idée, que l'éviction de l'objet reçu en paiement ne fait pas renaître l'ancienne obligation, définitivement éteinte par la novation, mais peut seulement ouvrir, au profit du créancier, une nouvelle action à laquelle ne passent pas les accessoires de la créance originaire. Voy. Locré, *Lég.*, XV, p. 330, n° 24, p. 349, n° 27, p. 388, n° 30. Nous ferons, au surplus, remarquer que les auteurs qui se sont prononcés en sens contraire, ont complétement perdu de vue la disposition de l'art. 2038, et qu'aucun d'eux n'a cherché à réfuter l'argument décisif qu'il fournit.

[5] Cpr. sur ce cas de novation : § 264 *ter*, texte n° 7, *in fine* ; Martou, IV, 1334.

[6] Cpr. § 330, texte *in fine* et note 12; Martou, IV, 1336.

[7] En effet, une pareille collocation n'est qu'une indication de paiement, dont l'acceptation n'entraîne aucune novation. Art. 1277, al. 1, cbn. 1275. Voy. les arrêts cités aux deux notes suivantes.

de son débiteur[8]. Il en résulte également que, tout en se réservant le bénéfice de la collocation par lui obtenue, il est autorisé à demander, pour le cas où il n'obtiendrait pas le paiement de son bordereau, une collocation éventuelle dans un nouvel ordre ouvert sur le débiteur[9].

Nous terminerons nos observations sur ce premier mode d'extinction des priviléges et des hypothèques, en rappelant que le paiement du reliquat d'un compte de tutelle n'éteint pas, d'une manière définitive, l'hypothèque légale du ci-devant pupille, qui continue de subsister pour tous les redressements de compte qu'il aurait à faire valoir[10].

2° De même que les priviléges et hypothèques s'éteignent par l'extinction de l'obligation principale, de même aussi ils s'éteignent par la prescription de l'action personnelle du créancier, à laquelle ils ne peuvent jamais survivre[11]. Art. 2180, n° 4, al. 1er et 2.

Aux termes de l'art. 2225, les autres créanciers du débiteur et les tiers acquéreurs de ses biens sont en droit de se prévaloir de cette prescription, alors même que ce dernier y a renoncé. Toutefois, s'il s'agissait d'une prescription de courte durée, fondée sur une présomption de paiement, le créancier auquel on l'opposerait, serait autorisé à déférer au débiteur ou à ses représentants, le serment dont il est parlé en l'art. 2275[12].

8 Civ. cass., 28 mai 1808, Sir., 8, 1, 291. Civ. cass., 25 février 1839, Sir., 39, 1, 296. Civ. cass., 18 décembre 1854, Sir., 55, 1, 247. Bourges, 11 juin 1855, Sir., 55, 2, 636.

9 Paris, 25 avril 1838, Sir., 39, 2, 81. Cpr. Paris, 31 août 1815, Sir., 16, 2, 12.

10 Voy. sur ce point : § 264 *bis*, texte n° 4, *in fine*, notes 31 et 32.

11 D'après la loi 7, C. *de præscript., XXX, v. XL ann.* (7, 39), qui était généralement admise dans notre ancien Droit, l'action personnelle hypothécaire contre le débiteur ou ses héritiers ne se prescrivait que par quarante ans, et survivait ainsi à l'action purement personnelle, alors du moins qu'il s'agissait d'une hypothèque conventionnelle. Pothier, *De l'hypothèque*, chap. III, § 6. Le second alinéa du n° 4 de l'art. 2180 a eu pour objet de faire disparaître cette singularité juridique, et l'exception qu'elle apportait à la règle *Accessorium sequitur principale*. Voy. spécialement sur l'extinction de l'hypothèque légale du mineur par la prescription de son action en reddition de compte : Grenoble, 30 juin 1838, Sir., 39, 2, 106.

12 Voy. § 260, texte n° 5, *in fine*, et note 36.

La circonstance que la prescription de l'action hypothécaire aurait été interrompue contre le tiers détenteur, ne le priverait pas de la faculté d'invoquer la prescription de l'action personnelle, qui s'est accomplie au profit du débiteur principal[13].

Indépendamment de l'extinction de l'obligation principale, et de la prescription de l'action personnelle du créancier, les priviléges et hypothèques s'éteignent encore :

3° Par la perte totale de la chose grevée.

Lorsqu'un bâtiment hypothéqué vient à être incendié, l'hypothèque continue de subsister sur le sol. Mais, sauf le cas de cession anticipée de l'indemnité à payer par la Compagnie d'assurances, les créanciers hypothécaires n'ont aucun droit de préférence à exercer sur cette indemnité, qui se distribue comme valeur mobilière[14]. Il en serait cependant autrement, si, pour la conservation de sa créance, le créancier hypothécaire avait lui-même fait assurer l'immeuble hypothéqué[15].

4° Par la résolution *ex tunc* du droit de propriété de celui du chef duquel procédait le privilége ou hypothèque. Art. 2125, et arg. de cet article[16].

5° Par la renonciation du créancier[17]. Art. 2180, n° 2.

La renonciation au privilége ou à l'hypothèque, qui n'est en général soumise à aucune forme spéciale[18], et dont l'efficacité est indé-

13 Voy. § 215, texte, lett. C, n° 1, et note 58. Pont, n° 1253.

14 L'indemnité due par la Compagnie d'assurances, en cas de sinistre, ne constitue pas un prix représentatif de l'immeuble incendié, mais une simple créance résultant du contrat d'assurances, et formant la contre-valeur aléatoire de la prime payée par l'assuré. Cpr. § 634, texte et note 11. Duranton, XX, 328. Troplong, IV, 890. Alauzet, *Des assurances*, I, 145. Pont, n° 698. Civ. cass., 28 juin 1831, Sir., 31, 1, 291. Grenoble, 27 février 1834, Sir., 34, 2, 367. Colmar, 11 mars 1852, Sir., 53, 2, 317.

15 Civ. rej., 23 novembre 1824, Sir., 25, 1, 173.

16 Voy. aussi : art. 865, 929, 954, 963 et 1673. Cpr. § 220 *bis*. Voy. cep. art. 952, et § 700, texte, notes 18 et 19 ; art. 1054, et § 696, texte n° 3, notes 58 à 62.

17 Voy. sur la renonciation qu'entraîne, en matière de faillite, le vote d'un créancier hypothécaire au concordat : Code de commerce, art. 508 ; Dijon, 8 février 1865, Sir., 65, 2, 31 ; Bourges, 15 mars 1865, Sir., 66, 2, 149 ; Paris, 17 juillet 1866, Sir., 67, 2, 23.

18 Pont, n° 1235. Paris, 13 avril 1854, Sir., 54, 2, 336. Voy. cependant en ce qui concerne la renonciation de la femme à son hypothèque légale : Loi du 23 mars 1855, art. 9 ; § 288 *bis*, texte n° 3.

pendante de l'acceptation de ceux auxquels elle doit profiter[19], peut être expresse ou tacite.

Le consentement du créancier à la vente de l'immeuble qui lui est affecté, implique, en général et à moins qu'il ne puisse s'expliquer par d'autres motifs, renonciation au droit de suite au profit de l'acquéreur[20], mais n'emporte pas, de sa nature, renonciation au droit de préférence en faveur d'autres créanciers[21].

Quant au consentement donné par le créancier à une nouvelle constitution d'hypothèque sur l'immeuble qui lui est affecté, il opère, de sa nature, une cession de priorité de rang en faveur du nouveau créancier, et ne produit, en général, que les effets attachés à une pareille convention[22].

La renonciation à une inscription hypothécaire n'emporte pas, en général, renonciation à l'hypothèque elle-même[23].

II. *Des modes d'extinction particuliers aux priviléges sur les immeubles et aux hypothèques.*

§ 293.

Les priviléges sur les immeubles et les hypothèques s'éteignent :

1° Par la prescription de l'action hypothécaire, accomplie au profit d'un tiers détenteur, non personnellement obligé à la dette[1].

Cette prescription, quoique extinctive de sa nature[2], exige, comme l'usucapion, la condition d'une possession réunissant les caractères déterminés par l'art. 2229.

Elle s'accomplit au bout de trente ans en vertu de cette possession même, sans autre condition, et par dix à vingt ans, lorsque le

19 Civ. cass., 4 janvier 1831, Sir., 31, 1, 126. Req. rej., 19 novembre 1855, Sir., 56, 1, 145. Nîmes, 5 août 1862, Sir., 62, 2, 402. Cpr. § 234, note 42.

20 Grenier, II, 505 et 508. Troplong, IV, 869. Martou, IV, 1340. Pont, n° 1237. Zachariæ, § 292, note 2. Cpr. Paris, 25 janvier 1812, Sir., 12, 2, 252.

21 Cpr. § 288 *bis*, texte n° 2 et notes 7 à 9.

22 Cpr. § 288, texte et notes 3 et 6 à 9. Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. I, § 13, n° 5, *in fine*. Delvincourt, III, p. 384. Persil, sur l'art. 2180, n° 26. Grenier, II, 508. Troplong, IV, 871. Pont, n° 1238. Bordeaux, 17 mars 1830, Sir., 30, 2, 326.

23 Cpr. § 281, texte n° 5, notes 35 à 38.

1 Merlin. *Rép.*, v° Radiation, n° 8. Zachariæ, § 293, texte et note 2. Req. rej., 11 mai 1863, Sir., 64, 1, 357.

2 Cpr. § 210, note 4.

tiers détenteur a acquis, par juste titre et de bonne foi, l'immeuble grevé d'hypothèque. Art. 2180, n° 4, al. 3.

Entièrement distincte de l'usucapion de la propriété, la prescription dont il s'agit n'est pas subordonnée à l'accomplissement de cette usucapion, et n'en est pas une conséquence nécessaire[3].

La bonne foi requise, en cette matière, pour la prescription de dix à vingt ans, consiste dans l'ignorance des charges hypothécaires dont l'immeuble acquis se trouve grevé[4].

Le tiers détenteur est donc à considérer comme ayant été de mauvaise foi, lorsqu'il a connu positivement l'existence de ces charges, n'importe de quelle manière il en a obtenu connaissance[5].

Il suffit, comme pour l'usucapion de la propriété, que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition. Art. 2269. D'un autre côté, la bonne foi est toujours présumée en faveur du tiers détenteur ; et c'est aux créanciers hypothécaires, qui allèguent sa mauvaise foi, à la prouver. Art. 2268.

L'existence d'inscriptions hypothécaires ne suffit pas à elle seule, pour faire considérer le tiers détenteur comme ayant été de mau-

[3] Si l'art. 2280, n° 4, al. 3, porte que la prescription de l'hypothèque est acquise au tiers détenteur *par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit*, il ne faut pas en conclure que cette prescription se confonde avec l'usucapion de la propriété. Les expressions qui viennent d'être reproduites, n'ont d'autre but que d'assimiler ces deux prescriptions sous le rapport du temps requis pour leur accomplissement. Cette interprétation est d'autant moins contestable, qu'il ne peut être question de l'usucapion de la propriété lorsque, comme cela arrive le plus souvent, le tiers détenteur a acquis l'immeuble grevé du véritable propriétaire. Persil, sur l'art. 2180, n° 39. Grenier, II, 510. Troplong, IV, 878. De Fréminville, *Des minorités*, I, p. 468. Pont, n° 1254. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 293, texte et note 4.

[4] Suivant M. Duranton (XX, 315), la connaissance de l'existence des charges hypothécaires ne formerait point obstacle à la prescription de dix à vingt ans en faveur du tiers détenteur, qui aurait acquis l'immeuble grevé en vertu d'un titre translatif de propriété. Mais cette opinion isolée est évidemment erronée. Bourges, 31 décembre 1830, Sir., 31, 2, 266. Bourges, 17 avril 1839, Sir., 39, 2, 449. Voy. aussi les autorités citées aux notes suivantes.

[5] Pothier, *Des hypothèques*, chap. III, § 6. Troplong, IV, 879 à 881. Pont, n° 1250. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 386, *in fine;* Grenier, II, 515. Ces auteurs estiment que le tiers détenteur n'est à considérer comme étant de mauvaise foi, qu'autant que son acte d'acquisition déclare expressément les hypothèques dont l'immeuble se trouve grevé.

vaise foi[6]. Il y a mieux : si la connaissance par ce dernier, lors de son acquisition, de l'existence d'inscriptions, élève contre lui une présomption de mauvaise foi, il est cependant admis à la combattre en justifiant que, malgré cette circonstance, il avait des raisons plausibles de croire à l'invalidité ou à l'extinction des droits hypothécaires formant l'objet de ces inscriptions[7].

Mais il ne pourrait, pour établir sa bonne foi, se prévaloir de la croyance où il était que le vendeur dégagerait l'immeuble par lui acquis, en payant les créanciers hypothécaires[8].

La prescription trentenaire commence à courir, en faveur du tiers détenteur, du jour où il a pris possession de l'immeuble hypothéqué. Quant à la prescription par dix à vingt ans, elle ne court, à la différence de l'usucapion de la propriété par le même laps de temps, qu'à dater de la transcription de l'acte d'acquisition. Art. 2180, n° 4, al. 3. Du reste, la circonstance que la créance hypothécaire se trouverait soumise à une condition ou à un terme, ne formerait point obstacle au cours de l'une ou de l'autre de ces prescriptions[9].

La prescription de l'hypothèque étant dirigée contre le créancier

[6] Si toute personne peut, en se faisant délivrer un certificat hypothécaire, se procurer la connaissance des inscriptions dont un immeuble est grevé, il n'en résulte pas nécessairement que le tiers détenteur ait usé de cette faculté, et qu'il ait ainsi obtenu connaissance des charges hypothécaires. Grenier, II, 514. Troplong, IV, 880. Pont, n° 1250. Caen, 22 août 1821, Sir., 31, 2, 266. Bourges, 31 décembre 1830, Sir., 31, 2, 265. Riom, 19 avril 1837, Sir., 39, 2, 381.

[7] Troplong, IV, 882. Dalloz, *Rép.*, v° Priviléges et Hypothèques, n° 2507. Cpr. Caen, 26 août 1825, Sir., 28, 2, 251. Voy. cep. Bourges, 31 décembre 1830, Sir., 31, 2, 265; Bordeaux, 15 janvier 1835, Sir., 35, 2, 248. Ces arrêts semblent admettre que, même dans l'hypothèse indiquée au texte, le tiers détenteur doit toujours être présumé de bonne foi, et par suite dispensé de toute justification, par cela seul *qu'il a pu croire* que les inscriptions étaient devenues sans objet. Mais le maintien même des inscriptions a dû lui faire supposer le contraire, ou tout au moins élever dans son esprit un doute qui ne lui permet pas de se dire de bonne foi, à moins de justifier, par des raisons plausibles, *qu'il a réellement cru* à l'invalidité ou à l'extinction des droits hypothécaires révélés par les inscriptions. Cpr. § 218, texte et note 27.

[8] Troplong, IV, 880 *bis* et 881. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 385; Grenier, II, 514.

[9] Cpr. § 213, texte n° 2, lett. *b*, notes 14 et 21.

hypothécaire, et non contre le propriétaire de l'immeuble grevé, il en résulte :

a. Que le cours n'en est suspendu que par des causes de suspension, personnelles au créancier hypothécaire[10].

b. Que, pour appliquer les dispositions des art. 2265 et 2266 sur le temps au bout duquel s'accomplit la prescription par dix à vingt ans, on doit prendre en considération le domicile du créancier hypothécaire[11].

La prescription de l'hypothèque est interrompue, soit par l'interruption de la possession[12], soit par la sommation de payer ou de délaisser signifiée au tiers détenteur[13], ou par l'action en déclaration d'hypothèque dirigée contre lui[14], soit enfin par une reconnaissance formelle de sa part des droits du créancier hypothécaire. Art. 2248.

Mais les inscriptions, prises ou renouvelées par le créancier, n'ont pas pour effet d'interrompre la prescription de l'hypothèque. Art. 2180, n° 4, al. 4. Cette prescription n'est pas même interrompue par la notification faite à la requête du tiers détenteur, conformément aux art. 2183 et 2184[15].

Lorsque l'immeuble grevé se trouve entre les mains du tiers qui l'a hypothéqué pour la dette d'autrui, sans s'obliger personnellement, ce tiers peut invoquer la prescription de trente ans, alors même que le créancier aurait conservé son action personnelle contre le débiteur[16]. Mais il est évident que la prescription de dix à vingt ans ne saurait trouver application dans cette hypothèse.

10 En vertu du n° 2 de l'art. 2256, la prescription de l'hypothèque légale de la femme est suspendue pendant le mariage. Bordeaux, 29 novembre 1833, Sir., 34, 2, 247.

11 Merlin, *Rép.*, v° Radiation, § 8. Persil, sur l'art. 2180, n° 39. Troplong, IV, 878. Pont, n° 1254. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 293, note 4.

12 Arg. art. 2180, n° 4, cbn. 2229 et 2243. Cpr. § 215, texte, lett. A.

13 Cette sommation tient lieu de commandement à l'égard du tiers détenteur. Arg. art. 2169 cbn. 2176 et 2244. Cpr. § 215, texte, lett. B, n° 1, notes 24 et 25.

14 Cpr. § 287, note 2.

15 Cpr. § 294, texte n° 1 et note 40.

16 Il s'agit, dans l'hypothèse prévue au texte, d'une charge réelle, qui doit s'éteindre par trente ans aux termes de l'art. 2262. En vain opposerait-on l'art. 2250, pour soutenir que toute cause qui interrompt la prescription de l'action

Les priviléges sur les immeubles et les hypothèques s'éteignent :

2° Par le défaut d'inscription dans les délais prescrits pour l'accomplissement de cette formalité[17].

3° Par la réduction prononcée en justice dans les cas prévus au § 282.

4° Par l'omission, dans le certificat requis par l'acquéreur après la transcription de son titre[18], de l'inscription nécessaire à l'efficacité du privilége ou de l'hypothèque. En pareil cas, le droit de suite est éteint d'une manière absolue, de telle sorte que non-seulement l'acquéreur est dispensé de faire au créancier omis la notification prescrite par les art. 2183 et 2184, mais que ce dernier se trouve même privé de la faculté de surenchérir[19]. Cette cause d'extinction, qui est d'ailleurs étrangère aux hypothèques dispensées d'inscription, n'entraîne pas la perte du droit de préférence, que le créancier omis peut toujours faire valoir de la manière indiquée au § 283. Art. 2198.

5° Par la déchéance que fait encourir le défaut de production, à l'ordre ouvert pour la distribution du prix de l'immeuble, dans les quarante jours de la sommation signifiée à cet effet. Code de procédure, art. 754 et 755. Toutefois, le créancier hypothécaire qui aurait encouru cette déchéance purement relative, et exclusivement

personnelle contre le débiteur, doit également interrompre la prescription de l'action hypothécaire contre le tiers qui a constitué l'hypothèque, comme elle interromprait la prescription de l'action personnelle contre la caution. L'art. 2250, qui repose sur l'idée, fort contestable en elle-même (§ 215, note 65), que la caution est représentée par le débiteur principal pour tout ce qui concerne la conservation des droits du créancier, ne peut s'appliquer au tiers qui a constitué une hypothèque sans s'obliger personnellement, parce que, comme propriétaire de l'immeuble hypothéqué, ce tiers ne saurait, à aucun point de vue, être considéré comme représenté par le débiteur personnel.

17 Voy. pour le développement de cette proposition, et pour les modifications dont elle est susceptible : §§ 269, 272 et 278.

18 Si l'acquéreur a requis le certificat avant la transcription de son titre, l'immeuble n'est point affranchi des créances omises dans le certificat. Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 7, n° 13. Troplong, IV, 1006. Pont, n° 1448. Grenoble, 21 août 1822, Dalloz, *Rép.*, v^is^ Priv. et Hypoth., n° 2981.

19 Grenier, II, 443. Troplong, 1007 *bis*. Zachariæ, § 294, note 21. Paris, 2 pluviôse an XIII, Sir., 5, 2, 637. Civ. rej., 9 nivôse an XIV, Sir., 6, 2, 763. Voy. en sens contraire : Tarrible, *op. et loc. citt.* ; Battur, IV, 593. Voy. aussi : Duranton, XX, 428, à la note.

proposable par les créanciers qui ont produit, jouirait sur les fonds non absorbés par les différentes collocations, de son droit de préférence vis-à-vis des créanciers, soit chirographaires, soit même hypothécaires qui n'auraient pas produit dans l'ordre[20].

6° Par l'effet d'une collocation déclarée inutile à raison de l'épuisement des fonds à distribuer. Code de proc., art. 759. Cependant si l'un des créanciers utilement colloqués, avait été désintéressé sur le prix d'un autre immeuble, et que la somme à lui attribuée fût ainsi devenue disponible, le créancier inutilement colloqué conserverait son droit de préférence sur cette somme, non-seulement à l'égard des créanciers chirographaires et des créanciers hypothécaires postérieurs en rang, mais même vis-à-vis des créanciers hypothécaires antérieurs, qui, faute de production dans l'ordre, avaient encouru la déchéance prononcé par l'art. 745 du Code de procédure[21].

7° Par l'accomplissement des formalités de la purge, suivi, soit du paiement effectif du prix de l'immeuble hypothéqué entre les mains des créanciers utilement colloqués, soit d'une consignation opérée conformément à l'art. 777 du Code de procédure[22].

Toutefois cette consignation, à la suite de laquelle le juge qui l'a déclarée valable, ordonne la radiation de toutes les inscriptions existantes, avec maintien de leur effet sur le prix, n'a d'autre conséquence que de libérer l'immeuble du lien de l'hypothèque, et laisse subsister sur le prix les droits respectifs de préférence compétant aux divers créanciers hypothécaires, droits qui restent à régler par un ordre amiable ou judiciaire.

[20] Civ. rej., 10 juin 1828, Sir., 28, 1, 242. Civ. cass., 15 février 1837, Sir , 37, 1, 188.

[21] Paris, 23 avril 1836, Sir., 36, 2, 309. Req. rej., 8 août 1836, Sir., 36, 1, 531. Cpr. Zachariæ, § 293, note 21, *in fine*.

[22] L'art. 2180, n° 3, semble attacher l'extinction des priviléges et des hypothèques au seul fait de l'accomplissement des formalités de la purge. Mais cette disposition, prise à la lettre, serait inexacte. En effet, les hypothèques inscrites ne sont, sauf le cas de déchéance pour défaut de production, et celui de collocation inutile, définitivement éteintes que par le paiement des créanciers auxquels elles appartiennent ou par la consignation dont il est parlé au texte. Quant aux hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites, elles sont bien moins éteintes par les formalités de la purge que par le défaut d'inscription dans le délai fixé par l'art. 2195.

III. *De la purge des priviléges et des hypothèques.*

§ 293 *bis.*

A. *Généralités.*

1° *Notion de la purge.*

La faculté de purger est un bénéfice légal, en vertu duquel le tiers détenteur d'un immeuble grevé de priviléges ou d'hypothèques, devenus efficaces à son égard[1], peut, en offrant aux créanciers privilégiés ou hypothécaires le prix de cet immeuble ou sa valeur estimative, prévenir ou arrêter les poursuites auxquelles l'exposerait l'exercice du droit de suite. Cpr. art. 2179.

La purge, c'est-à-dire la procédure à suivre par le tiers détenteur pour offrir le prix ou la valeur estimative de l'immeuble par lui acquis, et pour mettre les créanciers à hypothèque simple ou privilégiée en demeure d'exercer la faculté de surenchérir, n'emporte pas, à elle seule, l'extinction définitive des priviléges ou hypothèques dont cet immeuble est grevé[2]. L'unique effet qu'elle produise, directement et par elle-même, est de convertir le droit de suite sur l'immeuble même en un droit qui ne porte plus que sur le prix. A plus forte raison, la purge ne modifie-t-elle pas la position respective des créanciers, et les droits de préférence dont ils jouissent les uns à l'égard des autres.

2° *Des acquisitions qui donnent lieu à purge.*

La purge n'ayant d'autre effet que de substituer au droit de suite sur l'immeuble même, un droit qui n'affecte plus que le prix, il en résulte qu'elle devient sans objet toutes les fois que cet effet se trouve attaché, de plein droit, à la nature même de l'aliénation ou au mode d'acquisition.

[1] Cpr. §§ 269, 272 et 278.

[2] Cette proposition ne doit, bien entendu, être admise que sauf les modifications résultant des art. 2194 et 2195, dans le cas où, indépendamment de son objet ordinaire, la purge a simultanément, ou même exclusivement, pour but spécial, de mettre les créanciers à hypothèque légale dispensée d'inscription en demeure de s'inscrire dans un délai déterminé, sous peine d'extinction absolue du droit de suite. Cpr. texte n° 4, *infra;* § 295.

C'est ce qui a lieu dans les jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique, et même dans les cessions amiables consenties, après accomplissement des formalités indiquées en l'art. 2 de la loi du 3 mai 1841, par les propriétaires de terrains soumis à l'expropriation[3].

C'est ce qui se produit encore dans les jugements d'adjudication sur saisie immobilière[4], que cette saisie ait été poursuivie contre le débiteur lui-même, contre un tiers détenteur, ou contre le curateur à l'immeuble délaissé par hypothèque[5]. Code de procédure, art. 717, al. 7[6].

C'est ce qui se rencontre, en dernier lieu, dans les adjudications prononcées sur surenchère, soit du dixième après aliénation volontaire suivie de purge[7], soit du sixième après les ventes faites en

[3] L'art. 17 de la loi du 3 mai 1841 porte, dans sa disposition finale, que les créanciers inscrits n'auront dans aucun cas la faculté de surenchérir, mais qu'ils pourront seulement exiger que l'indemnité soit fixée conformément au titre IV; et cette disposition, relative au cas où il est intervenu un jugement d'expropriation, a été étendue au cas de cession amiable par l'al. 1er de l'art. 19. Voy. aussi l'al. 3 de ce dernier article. Cpr. § 209, texte, lett. *A*, n° 2, et notes 43 à 45.

[4] L'al. 7 de l'art. 717 du Code de procédure, modifié par la loi du 21 mai 1858, porte : « Le jugement d'adjudication *dûment transcrit* purge toutes les hy- « pothèques, et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix. » Nous n'avons pas reproduit au texte les expressions *dûment transcrit,* par la raison que la transformation du droit de suite sur l'immeuble en un simple droit sur le prix, est le résultat immédiat du jugement d'adjudication, dont la transcription, nécessaire sans doute pour arrêter, dans l'intérêt de l'adjudicataire, le cours des inscriptions, et pour éteindre d'une manière complète les priviléges et hypothèques qui n'auraient pas été rendus publics avant l'accomplissement de cette formalité, est cependant sans influence sur les rapports de l'adjudicataire et des créanciers inscrits. Olivier et Mourlon, nos 233 et 234.

[5] Art. 2174. Olivier et Mourlon, n° 250. Seligmann, n° 727.

[6] Le principe consacré par cette disposition est celui de notre ancien Droit. Son application aux priviléges et aux hypothèques soumis à la formalité de l'inscription, n'a jamais été contestée; mais la Cour de cassation décidait qu'il était étranger aux hypothèques légales dispensées d'inscription. La loi du 21 mai 1858 a définitivement condamné cette jurisprudence ; et depuis lors, la généralité de ce principe et son application à toutes les hypothèques sans distinction sont hors de controverse. Cpr. § 269, texte n° 2 et note 25 ; Labbé, *Revue critique,* 1861, XIX, p. 281 et suiv., nos 11 à 19.

[7] Dès avant la loi du 2 juin 1841, on admettait assez généralement que l'adjudication sur surenchère du dixième fixait définitivement, et au regard de tous les créanciers hypothécaires sans distinction, le prix de l'immeuble hypothéqué.

justice, autrement, du moins, que par voie d'expropriation forcée [8],

Grenier, II, 566. Troplong, IV, 908. Cette solution fut sanctionnée par la loi précitée, qui fit entrer dans la rédaction de l'art. 838 du Code de procédure un septième alinéa ainsi conçu : « L'adjudication par suite de surenchère sur aliéna- « tion volontaire ne pourra être frappée d'aucune autre surenchère. » Enfin la loi du 21 mai 1858 l'a encore confirmée, en maintenant, dans la rédaction définitive de l'art. 838, l'alinéa qui vient d'être transcrit. Pont, n° 1349. Il est vrai qu'une disposition finale, ajoutée à cet article par cette dernière loi, porte que « la purge « des hypothèques légales, si elle n'a pas eu lieu, se fait comme au cas d'aliéné- « nation volontaire », c'est-à-dire suivant les formes réglées par les art. 2193 et suiv.; et de là, MM. Olivier et Mourlon (n° 249, p. 439 à 441) ont prétendu conclure que le législateur, violant la règle *Surenchère sur surenchère ne vaut*, à l'instant où il venait de la poser, avait entendu réserver aux créanciers à hypothèques légales dispensées d'inscription, la faculté de faire une nouvelle surenchère du dixième. Mais, à notre avis, c'est tout gratuitement que ces auteurs ont prêté à la loi une contradiction qui ne ressort nullement de son texte. En effet, à la différence de la purge ordinaire, la purge légale, telle qu'elle est organisée par les art. 2193 et suiv., ne tend pas précisément à provoquer l'exercice de la faculté du surenchérir : son objet spécial est de constituer les créanciers à hypothèques légales dispensées d'inscription en demeure de s'inscrire, sous peine de déchéance du droit de suite. C'est à ce point de vue, qui est bien celui du Code Napoléon, que se sont placés les rédacteurs de l'art. 838 du Code de procédure; et l'on comprend dès lors que le dernier alinéa de cet article, qui ne prescrit que dans un but spécial et restreint la purge des hypothèques légales, se concilie parfaitement avec l'avant-dernier alinéa du même article, aux termes duquel l'adjudication sur surenchère après aliénation volontaire ne peut être suivie d'aucune autre surenchère. Du rapprochement de ces deux dispositions il résulte que si, après une purge ordinaire suivie d'une adjudication sur surenchère, les créanciers à hypothèques légales, mis en demeure de s'inscrire par l'accomplissement des formalités de la purge spéciale organisée à cet effet, conservent leur droit de suite au moyen d'une inscription prise dans les deux mois, ce droit ne leur confère cependant pas la faculté de faire une nouvelle surenchère, et qu'il se trouve, pour eux comme pour les autres créanciers hypothécaires, converti en un droit sur le prix à payer par l'adjudicataire. Cpr. note 2 *supra*.

[8] Depuis la loi du 2 juin 1841, la maxime *Surenchère sur surenchère ne vaut* peut être considérée comme une règle générale de notre procédure. Voy. Code de proc., art. 710, al. 2, 965, al. 2, 973, al. 6, et 988, al. 2, cbn. 995. Voy. aussi : art. 838, al. 7 et 8, et la note précédente ; Code de commerce, art. 573, al. 4, et la note 15 *infra*. Dans son rapport sur la loi précitée, M. Persil a parfaitement expliqué qu'une adjudication après surenchère du sixième a pour effet d'écarter toute nouvelle surenchère, même du dixième. E. Persil, *Commentaire de la loi du 2 juin 1841*, p. 211 et 212. La purge, dont le but est de mettre les créanciers hypothécaires en situation d'exercer la faculté de surenchérir, devient donc sans objet par cela même qu'aucune surenchère n'est plus admissible. Voy.

soit enfin du dixième dans le cas prévu par l'art. 573 du Code de commerce[9].

Les jugements, cessions, ou adjudications dont il vient d'être parlé, opèrent virtuellement la purge des hypothèques simples ou privilégiées dont se trouve grevé l'immeuble qui a été, soit exproprié ou cédé pour cause d'utilité publique, soit adjugé sur expropriation forcée ou sur surenchère, peu importe qu'elles procèdent, au cas d'expropriation, du chef du propriétaire contre lequel elle a été prononcée, ou des précédents propriétaires[10], et au cas de surenchère, soit du chef des auteurs de l'acquéreur ou de l'adjudicataire dépossédé par la surenchère, soit de ce dernier lui-même[11].

Du reste, le jugement d'adjudication sur expropriation forcée purge non-seulement les hypothèques constituées et inscrites avant la saisie, mais encore celles qui l'ont été, soit au cours de la poursuite, soit même entre le jugement et sa transcription[12].

A la différence des adjudications qui ont lieu à la suite d'une

cep. Amiens, 17 mai 1851, Sir., 51, 2, 344. Cet arrêt, tout en reconnaissant que, dans l'hypothèse indiquée au texte, il ne peut plus être fait de surenchère du dixième, a cependant décidé que le droit de suite ne se trouvait pas définitivement converti en un droit sur le prix dû par l'adjudicataire ; et il a conclu de là que si ce dernier venait, avant d'avoir versé son prix entre les mains des créanciers hypothécaires du débiteur, à revendre l'immeuble pour une somme supérieure, ceux-ci seraient autorisés à se faire colloquer, à l'exclusion des créanciers personnels de l'adjudicataire, sur l'intégralité de cette somme, sans distraction de la portion excédant le prix d'adjudication. Les deux propositions que renferme cet arrêt sont, à notre avis, contradictoires. L'exclusion de la faculté de surenchérir emporte virtuellement, en effet, conversion du droit de suite en un droit sur le prix d'adjudication, et enlève aux créanciers la possibilité de réclamer quoi que ce soit en sus de ce prix. Il est vrai que le droit de suite ne se trouvera pas définitivement éteint, tant que le prix d'adjudication ne sera pas payé, et qu'il pourra, à défaut de paiement, s'exercer par voie de folle enchère. Mais si ce prix est offert aux créanciers hypothécaires, peu importe qu'il le soit par l'adjudicataire lui-même ou par son successeur, ils ne peuvent rien demander de plus, parce que leur droit ne va pas au delà.

9 Voy. texte et note 15 *infra*.

10 Olivier et Mourlon, n° 232. Mourlon, *De la transcription*, II, 589.

11 Labbé, *op. cit.*, p. 299 à 301, n°s 36 à 39. Nous partons de l'idée que les hypothèques consenties par le tiers détenteur, évincé à la suite d'une surenchère du dixième, sont efficaces et valables, et ne doivent pas être considérées comme non avenues, en vertu de la règle *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Voy. sur ce point : § 294, texte n° 4.

12 Olivier et Mourlon, n° 236. Mourlon, *De la transcription*, II, 587 à 590.

expropriation forcée ou d'une surenchère, les autres ventes faites en justice n'opèrent pas la purge virtuelle des priviléges et des hypothèques [13]. Il en est ainsi, alors même que la première adjudication a été suivie d'une revente sur folle enchère [14].

Ces règles s'appliquent notamment aux licitations, aux ventes

[13] Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 3, n° 7. Grenier, II, 566. Troplong, IV, 909. Olivier et Mourlon, n°s 251 et 460. Seligmann, n° 728. Paris, 11 mai 1835, Sir., 35, 2, 370. Req. rej., 4 août 1835, Sir., 35, 1, 791.

[14] Paris, 10 mai 1834, Sir., 34, 2, 275. Dijon, 14 mars 1855, Sir., 55, 2, 571. Bordeaux, 23 juillet 1861, Sir., 62, 2, 197. Civ. rej., 6 juillet 1864, Sir., 64, 1, 377. Bordeaux, 3 mai 1867, Sir., 67, 2, 279. Voy. en sens contraire : Pont, n° 1350. Nous reconnaissons bien, avec cet auteur, que la surenchère du sixième, autorisée par les art. 708, 965, 973, al. 6, et 988, al. 2, du Code de procédure, ne peut avoir lieu après une revente sur folle enchère ; et c'est aussi ce que décide, malgré l'opposition de certains commentateurs et de quelques Cours impériales, une jurisprudence aujourd'hui constante. Civ. cass., 10 janvier 1844, Sir., 44, 1, 97. Civ. cass., 24 décembre 1845, Sir., 46, 1, 182. Req. rej., 30 juin 1847, Sir., 47, 1, 679. Civ. cass., 1er mars 1848, Sir., 48, 1, 344. Civ. rej., 24 mars 1851, et Civ. cass., 4 août 1851, Sir., 51, 1, 434. Civ. cass., 11 mars 1863, Sir., 63, 1, 380. Mais il n'est pas permis de conclure, par analogie, de la surenchère du sixième, qui est accordée à toute personne indistinctement, et qui ne découle pas d'un droit préexistant, à la surenchère du dixième, réservée aux seuls créanciers hypothécaires, comme conséquence de leur droit de suite. En faisant cesser la surenchère du sixième après une revente sur folle enchère, on ne lèse aucun droit acquis, tandis qu'en attribuant à la folle enchère l'effet d'exclure la surenchère du dixième, on porte atteinte aux droits des créanciers hypothécaires, qui se trouveraient déchus de la faculté de surenchérir, sans avoir été mis, soit directement, soit même indirectement, en demeure de l'exercer. Ce résultat se produit, il est vrai, en vertu de la règle *Surenchère sur surenchère ne vaut*, lorsqu'une vente volontaire, faite en justice, a été suivie d'une nouvelle adjudication sur surenchère du sixième ; mais il s'explique alors par la considération que cette surenchère a dû, très-vraisemblablement, porter le prix de l'immeuble à sa véritable valeur, et rendre ainsi inutile une seconde surenchère, tandis qu'à l'inverse le prix de revente sur folle enchère est ordinairement inférieur à celui de la première adjudication, et rend d'autant plus précieuse la faculté de surenchérir, que le recours ouvert contre le fol enchérisseur par l'art. 740 du Code de procédure est la plupart du temps illusoire. Nous terminerons en faisant remarquer que M. Pont invoque à tort, en faveur de son opinion, un arrêt de la Cour de Colmar du 13 mai 1857 (Sir., 57, 2, 616). Dans l'espèce de cet arrêt, le fol enchérisseur était devenu adjudicataire par suite d'une première surenchère du sixième, de sorte que toute nouvelle surenchère, même celle du dixième, devait être écartée en vertu de la règle *Surenchère sur surenchère ne vaut*. Voy. aussi en ce sens : Pau, 28 mars 1860, Sir., 61, 2, 57.

de biens de mineurs, à celles d'immeubles dépendants d'une succession bénéficiaire ou vacante.

Elles s'appliquent également aux adjudications prononcées sur les poursuites des syndics d'une faillite, lorsqu'elles n'ont pas été suivies de la surenchère du dixième établie par l'art. 573 [15].

[15] L'opinion contraire, suivant laquelle l'adjudication faite à la requête des syndics emporterait par elle-même, à l'instar de l'adjudication sur expropriation forcée, la purge des priviléges et des hypothèques, a cependant ses partisans, et elle a même été consacrée par la Cour de cassation. A l'appui de cette opinion, on invoque l'art. 573 du Code de commerce, qui, dans le but de simplifier les opérations de la faillite et d'en accélérer la liquidation, exclurait en cette matière toute surenchère autre que celle dont il règle les conditions. L'on ajoute que les créanciers hypothécaires, avertis par les publications faites dans les journaux et par la notoriété publique, se trouvent suffisamment mis en demeure de veiller à leurs intérêts, et ne sauraient se plaindre de n'avoir pas été conviés par des notifications individuelles à exercer la faculté de surenchérir. Voy. en ce sens : Rodière, *Procédure civile*, III, 453 ; Laîné, *Des faillites*, sur l'art. 573, p. 488. Orléans, 20 mars 1850, Sir., 50, 2, 325 ; Req. rej., 19 mars 1851, Sir., 51, 1, 270; Nîmes, 28 janvier 1856, Sir., 56, 2, 301; Caen, 1er juillet 1864, Sir., 64, 2, 284 ; Civ. cass., 3 août 1864, Sir., 64, 1, 381. Deux systèmes intermédiaires, qui s'écartent plus ou moins de celui que nous venons d'exposer, ont encore été proposés. Suivant le premier, l'adjudication prononcée sur la poursuite des syndics, quoique n'ayant pas pour effet de purger les hypothèques des créanciers qui sont restés étrangers aux opérations de la faillite, purgerait les hypothèques de ceux qui y ont pris part. D'après le second, l'adjudication dont s'agit emporterait virtuellement la purge des hypothèques de tous les créanciers du failli, qu'ils aient ou non concouru aux opérations de la faillite : seulement ne purgerait-elle pas celles des créanciers des précédents propriétaires. Voy. pour le premier système : Dalloz, *Rép.*, vis Priv. et Hyp., no 2042 ; Civ. rej., 9 novembre 1858, Sir., 59, 1, 49. Voy. pour le second : Labbé, *op. cit.*, p. 301 et suiv., nos 40 à 48 ; Civ. cass., 13 août 1867, Sir., 67, 1, 390. Sans nous arrêter à ces distinctions et à ces concessions, qui nous paraissent arbitraires et insuffisantes, nous croyons devoir maintenir, dans son intégrité, la solution donnée au texte. Elle se justifie, à notre avis, par les raisons suivantes : 1° L'assimilation que l'on prétend établir entre l'adjudication faite à la requête des syndics et l'adjudication sur expropriation forcée, est repoussée par l'art. 578 du Code de commerce, portant que les syndics seront tenus de procéder à la vente des immeubles du failli *suivant les formes prescrites pour la vente des biens des mineurs*, et par l'art. 964 du Code de procédure, qui ne range pas, parmi les dispositions communes à ces sortes de ventes, celles de l'art. 717, où se trouve posé le principe qu'on voudrait appliquer par analogie à notre matière. D'un autre côté, si ce principe, d'après lequel le jugement d'adjudication purge toutes les hypothèques, s'explique pour les jugements d'adjudication sur expropriation forcée,

Elles s'appliquent enfin aux adjudications qui ont eu lieu à la suite d'une conversion sur saisie, alors du moins que le jugement de conversion a été rendu avant les sommations prescrites par l'art. 692 du Code de procédure[16].

ce n'est pas tant par la publicité de la poursuite, que par les notifications individuelles qui doivent être faites aux créanciers inscrits, et qui les constituent ainsi parties dans cette poursuite. La notoriété seule de la faillite est donc insuffisante, en l'absence de toutes notifications de ce genre, pour justifier l'extension du principe dont s'agit aux jugements d'adjudication provoqués par les syndics. 2° L'art. 573 du Code de commerce n'est pas, dans ses trois premiers alinéas, aussi décisif que semblent le supposer les partisans de l'opinion contraire. En s'occupant de *la surenchère après adjudication des immeubles du failli sur la poursuite des syndics,* cet article n'a évidemment en vue que la surenchère communément admise par le Code de procédure à la suite des adjudications faites en justice. Et comme cette surenchère, permise à toute personne, n'est point, en général, exclusive de la faculté de surenchérir dont les créanciers hypothécaires jouissent d'après les règles du Code Napoléon, en vertu d'un droit qui leur est propre, il faudrait, pour les priver de cette faculté dans l'hypothèse dont il est ici question, un texte formel qui la leur enlevât. Une réponse péremptoire à l'argumentation fondée sur les trois premiers alinéas de l'art. 573, se tire d'ailleurs du quatrième alinéa du même article, qui porte : « Toute personne sera également « admise à concourir à l'adjudication par suite de surenchère. Cette adjudication « demeurera définitive *et ne pourra être suivie d'aucune autre surenchère.* » Dire que l'adjudication sur la surenchère admise par l'art. 573, ne pourra être suivie d'aucune autre surenchère, n'est-ce pas implicitement reconnaître en principe la possibilité d'une autre surenchère, qui, défendue pour le cas seulement où la surenchère ouverte par l'article précité a de fait été exercée, se trouve par cela même virtuellement permise dans l'hypothèse contraire? Ainsi s'explique parfaitement l'économie de l'art. 573; et il devient évident que si le législateur, dans l'intention, nous le reconnaissons, de hâter la liquidation de la faillite, s'est montré plus facile que d'ordinaire quant aux conditions de la surenchère après adjudication des immeubles du failli, ce n'est pas pour proscrire directement, et d'une manière absolue, la surenchère inhérente au droit de suite, mais dans le but seulement de provoquer une mesure qui aura pour effet de l'écarter indirectement, par application de la règle *Surenchère sur surenchère ne vaut.* Petit, *De la surenchère*, p. 269. Boileux sur Boulay-Paty, *Des faillites,* II, p. 242. Esnault, *Des faillites,* III, p. 581. Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, IV, 1890. Olivier et Mourlon, n° 460. Grosse et Rameau, *Commentaire de la loi du 21 mai 1858,* II, 478. Demangeat sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 627, à la note. Paris, 19 mars 1836, Sir., 36, 2, 260. Rouen, 21 décembre 1837, Sir., 38, 2, 99. Douai, 4 août 1859, Sir., 60, 2, 299. Paris, 21 août 1862, Sir., 62, 2, 546. Douai, 18 août 1865, Sir., 66, 2, 148.

[16] Troplong, IV, 909. Olivier et Mourlon, n° 252. Seligmann, n°s 729 et

3° *Des personnes qui jouissent de la faculté de purger, et des frais de purge.*

La faculté de purger est accordée à tout tiers détenteur d'un immeuble grevé de priviléges ou d'hypothèques, c'est-à-dire à tout successeur particulier, non personnellement obligé au paiement de la dette hypothécaire[17], peu importe, du reste, que l'immeuble hypothéqué lui ait été transmis à titre onéreux ou à titre gratuit. Art. 2181, 2183 et 2184.

Cette faculté appartient donc à l'acquéreur, à l'échangiste, au donataire, au légataire à titre particulier[18]; et ces successeurs sont autorisés à l'exercer au cas même où ils n'auraient acquis qu'une partie matériellement déterminée de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués[19].

L'acquéreur de la nue-propriété d'un immeuble et celui de l'usufruit jouissent, l'un et l'autre, de la faculté de purger, aussi bien que l'acquéreur de la pleine propriété[20]. Il en est de même de

730. Amiens, 17 mai 1851, Sir., 51, 2, 344. Orléans, 5 août 1853, Sir., 53, 2, 503. Orléans, 15 février 1859, Sir., 59, 2, 361. — Après les sommations prescrites par l'art. 692 du Code de procédure, le jugement de conversion ne peut être rendu que du consentement de tous les créanciers inscrits. Code de procédure, art. 743. La position de ces derniers restant ainsi absolument la même que si l'expropriation forcée avait suivi son cours ordinaire, l'adjudication prononcée à la suite de la conversion doit produire la purge virtuelle de leurs hypothèques, comme l'aurait produite un jugement d'adjudication sur expropriation forcée. Olivier et Mourlon, n° 460. Seligmann, n° 731. Dijon, 24 mars 1847, Sir., 47, 2, 410.

17 Zachariæ, § 293, texte et note 19. Ainsi, la faculté de purger ne compète, ni à la caution, ni au codébiteur, même simplement conjoint, de la dette hypothécaire. Art. 1221 et 2172. Cpr. § 287, texte n° 2, notes 17 et 18; texte n° 3 et note 36.

18 Grenier, II, 356. Troplong, IV, 903. Martou, IV, 1378. Labbé, *Revue critique*, 1856, VIII, p. 217, n° 7. Pont, n° 1276.

19 Aix, 6 mars 1839, Sir., 40, 2, 449. — Voy. sur le cas d'acquisition d'une part indivise dans un ou plusieurs immeubles hypothéqués : texte et note 30 *infra*.

20 Cpr. § 228. Grenier, II, 324. Labbé, *op. cit.*, p. 231, n° 11. Pont, n° 1283. Zachariæ, § 293, texte et note 17. — La question ne peut pas se présenter pour les droits d'usage et d'habitation, qui ne sont susceptibles, ni de cession, ni d'hypothèque, ni d'expropriation forcée. Art. 631, 634, 2118 et 2204. Cpr. § 236, texte, lett. *b*; § 259, texte et note 8.

celui dont l'acquisition est soumise à une condition résolutoire, à celle, par exemple, qui résulte d'un pacte de retrait[21].

Au contraire, l'acquéreur, sous une condition suspensive, ne jouit pas de la faculté de purger, tant que cette condition ne s'est pas réalisée[22]. Le propriétaire de l'héritage en faveur duquel une servitude réelle a été établie, n'est pas non plus autorisé à procéder à la purge de l'acquisition de cette servitude[23].

D'un autre côté, la faculté de purger n'appartient pas à celui qui a constitué une hypothèque pour sûreté de la dette d'un tiers, alors même qu'il ne se serait pas personnellement engagé à la payer[24].

[21] Pont, n° 1285. Zachariæ, § 294, texte et note 1re. Bourges, 26 janvier 1822, Sir., 22, 2, 236. Montpellier, 4 mars 1841, Sir., 42, 2, 25. Req. rej., 14 avril 1847, Sir., 47, 1, 341. Grenoble, 17 février 1849, Sir., 49, 2, 543. Cpr. Petit, *Des surenchères*, p. 290; Labbé, *op. cit.*, p. 220 et suiv., n° 10.

[22] Labbé, *op. cit.*, p. 220, n° 9. Voy. en sens contraire : Pont, n° 1285. Au soutien de son opinion, le savant magistrat se borne à dire qu'un droit de propriété immobilière, quoique suspendu par une condition, n'en est pas moins susceptible d'hypothèque, et que par cela même il est aussi susceptible d'être purgé. Cette conclusion n'est, à notre avis, qu'une pétition de principe. A la différence de l'art. 2125, qui permet formellement à celui qui a acquis un immeuble sous une condition suspensive, de l'hypothéquer pour le cas où cette condition viendrait à s'accomplir, les art. 2181 et suivants n'accordent la faculté de purger qu'au *nouveau propriétaire*, qu'au *tiers détenteur*, et supposent ainsi une transmission de propriété définitivement opérée, et même réalisée par la translation de la possession.

[23] Cpr. § 250, texte n° 2 et note 8. Martou, IV, 1380. Pont, n° 1283. Paris, 4 janvier 1831, Sir., 32, 1, 828. Voy. cep. Labbé, *op. cit.*, p. 231, n° 12.

[24] Labbé, *op. cit.*, p. 210, n° 2. Pont, n° 1272. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 903 *bis*, et III, 816; Martou, IV, 1379, et III, 1280. Ces auteurs partent de l'idée que toute personne admise à délaisser, comme n'étant pas personnellement obligée à la dette, est par cela même aussi autorisée à purger. Cette idée ne nous paraît pas exacte. Il est bien vrai que celui qui ne peut délaisser, ne peut pas non plus purger; mais il n'est pas permis de conclure à l'inverse de la faculté de délaisser à celle de purger. Ainsi, celui qui a constitué une hypothèque pour sûreté de la dette d'un tiers est admis à délaisser, parce que le délaissement ne porte aucune atteinte à la complète efficacité du droit hypothécaire, tandis qu'il ne saurait être autorisé à purger, parce qu'il a contracté envers le créancier, sinon l'engagement de payer la dette garantie par l'hypothèque qu'il a constituée, du moins l'obligation de laisser ensuivre les effets de cette hypothèque, en s'abstenant de tout acte de nature à y porter obstacle, et qu'il manquerait à cette obligation en usant d'une faculté dont l'exercice paralyserait le droit de poursuite du créancier.

Enfin, les héritiers et autres successeurs universels ne jouissent pas non plus de cette faculté, quant aux biens qu'ils détiennent à titre héréditaire. Un héritier partiaire ne pourrait donc pas, même en offrant de payer sa part personnelle des dettes hypothécaires, procéder à la purge des immeubles de la succession tombés dans son lot[25]. A cet égard, il n'y a même pas de distinction à faire entre l'héritier pur et simple, et l'héritier sous bénéfice d'inventaire, détenteur par suite de partage en nature d'un immeuble héréditaire[26]. Mais, à la différence de l'héritier pur et simple, l'héritier bénéficiaire qui, se gérant comme un tiers étranger à l'hérédité, s'est rendu adjudicataire d'un immeuble de la succession, est admis, en offrant l'intégralité de son prix d'adjudication, à le purger des hypothèques dont il se trouve grevé du chef même du défunt[27].

Quant aux cessionnaires de droits successifs, ils ont bien, en leur qualité de successeurs à titre particulier[28], la faculté de purger les hypothèques procédant du chef de leur cédant; mais ils ne peuvent l'exercer qu'après la cessation de l'indivision, et pour les immeubles qui leur sont définitivement échus par le partage ou sur licitation[29].

[25] Voy. § 636, texte n° 2. Cpr. aussi : § 301, texte 3 et note 27; § 215, texte, lett. *C*, et note 64. Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 1. Grenier, II, 355 et 356. Favard, *Rép.*, v° Purge. Championnière et Rigaud, *Des Droits d'enregistrement*, III, 2667. Labbé, *op. cit.*, p. 211 et suiv., n° 3. Pont, n° 1273. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 903 *bis*, et III, 798. L'opinion de l'éminent magistrat se fonde sur le motif que nous avons indiqué et réfuté à la note précédente.

[26] Labbé, *op. cit.*, p. 214, n° 4. Pont, n° 1274. Voy. en sens contraire : Martou, IV, 1379, et III, 1284.

[27] L'héritier bénéficiaire est, dans l'hypothèse prévue au texte, un véritable tiers détenteur, parce qu'il possède à un titre nouveau, entièrement distinct de son titre héréditaire, l'immeuble dont il s'est rendu adjudicataire, et que, d'un autre côté, il se trouve dégagé, par l'effet du bénéfice d'inventaire, de l'obligation de garantir, sur son propre patrimoine, les faits de son auteur. Labbé, *op. cit.*, p. 216, n° 5. Demolombe, XV, 291 *bis*. Civ. rej. et Civ. cass., 12 août 1839, Sir., 39, 1, 781 et 782. Civ. cass., 26 février 1862, Sir., 62, 1, 609. Civ. rej., 28 juillet 1862, Sir., 62, 1, 988.

[28] Cpr. § 359 *ter*, texte n° 8.

[29] Il est vrai que le cohéritier cédant, par l'effet de la saisine, et le cessionnaire, par l'effet de la cession, sont devenus successivement copropriétaires des immeubles héréditaires ; et que ces immeubles ont pu être frappés d'hypothèques du chef du cédant. Mais de là on ne saurait conclure que le cessionnaire puisse,

Ce n'est également qu'après la cessation de l'indivision, que l'acquéreur d'une part indivise dans un ou plusieurs immeubles hypothéqués, est admis à purger les biens dont il sera définitivement devenu propriétaire par l'effet du partage ou de la licitation[30].

Le successeur particulier, auquel la faculté de purger compéterait d'après les règles qui viennent d'être exposées, n'est plus admis à en faire usage, lorsqu'il y a renoncé expressément ou tacitement[31].

L'engagement pris par l'acquéreur, même envers le vendeur seulement, de payer le montant de telles ou telles créances hypothécaires emporte de sa part renonciation virtuelle à la faculté de purger, en ce sens du moins qu'il ne peut plus l'exercer à l'égard des titulaires de ces créances[32]. Mais l'obligation contractée par l'acquéreur de verser son prix entre les mains des créanciers hypothécaires qui seront en ordre de le recevoir, laisse par elle-même intacte la faculté de purger, dont il pourra faire usage tant que la délégation du vendeur, et par suite la substitution du prix à l'immeuble hypothéqué, n'auront pas été acceptées par tous les créanciers hypothécaires[33].

avant tout partage, purger son acquisition. Cette conclusion doit être rejetée comme incompatible avec le principe de la rétroactivité du partage. On ne comprendrait pas comment, en présence de l'incertitude sur les résultats éventuels du partage et de la liquidation, le cessionnaire pourrait être sommé par les créanciers hypothécaires de payer ou de délaisser, ni comment, d'un autre côté, ces derniers pourraient être forcés, soit à accepter l'offre faite par le cessionnaire, soit à exercer une surenchère. Orléans, 31 mai 1859, Sir., 59, 2, 591. Voy. en sens contraire : Pont, n° 1270. Cpr. Civ. cass., 21 janvier 1839, Sir., 39, 1, 87. Cet arrêt, ordinairement cité en sens contraire, n'a pas positivement statué sur la question. Rendu dans une espèce où de fait il y avait eu purge et surenchère, il a cassé l'arrêt attaqué, qui, pour annuler la surenchère, s'était fondé sur le motif, évidemment erroné, qu'une cession de droits successifs ne conférait au cessionnaire qu'une action en partage non susceptible d'hypothèque.

30 Les raisons développées à la note précédente s'appliquent également à l'hypothèse dont il est question au texte. Cpr. Civ. cass., 29 mai 1866, Sir., 66, 1, 393.

31 Grenier, II, 324 et 345. Zachariæ, § 293, texte et note 20.

32 Peu importe que cet engagement n'ait pas été contracté envers les créanciers hypothécaires eux-mêmes : ils ne sont pas moins fondés à en invoquer le bénéfice, par application des art. 1121 et 1166.

33 Cette hypothèse diffère essentiellement de la précédente, en ce que l'engagement de l'acquéreur, contracté au profit, non plus de certains créanciers

Du reste, le successeur particulier conserve la faculté de purger dans le cas même où son auteur avait, en sa qualité de tiers détenteur, personnellement encouru la déchéance de cette faculté [34].

Les frais de purge des hypothèques inscrites sont, à moins de convention contraire, à la charge du vendeur. Ils viennent donc en déduction du prix ; et en cas d'ordre ou de règlement judiciaire, l'acquéreur doit être colloqué par préférence pour le montant de ces frais [35].

hypothécaires seulement, mais de tous sans distinction, se trouve ainsi virtuellement subordonné à la condition que le prix offert à tous les créanciers sera aussi accepté par tous, et que l'acquéreur conservera la faculté de purger vis-à-vis de ceux qui ne voudraient pas s'en contenter. Civ. cass., 13 février 1867, Sir., 67, 1, 157.

[34] Battur, III, 544. Duranton, XX, 345 *bis*. Zachariæ, § 293, note 20, *in fine*. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 344. C'est évidemment à tort que ce dernier auteur invoque, à l'appui de son opinion, la maxime *Nemo plus juris in allium transferre potest quam ipse haberet*, parce que l'acquéreur ne tient pas du vendeur, mais de la loi elle-même, la faculté de purger, dont tout tiers détenteur est appelé à jouir comme d'un bénéfice inhérent à cette qualité.

[35] Code de procédure, art. 774 (ancien art. 777). La disposition de cet article est fondée sur l'idée que la purge n'a pas lieu seulement dans l'intérêt de l'acquéreur, mais encore dans celui du vendeur, qui, tenu de livrer l'immeuble franc de toutes hypothèques, ne peut exiger son prix qu'après cet affranchissement (art. 1653), et dans celui des créanciers hypothécaires, auxquels elle donne le moyen de toucher ce qui leur est dû sans être obligés de recourir à l'expropriation. C'est bien à tort qu'on a voulu prétendre que l'art. 774 précité s'applique, non aux frais de purge, mais à ceux de la procédure d'ordre, puisque le sort de ces derniers frais est spécialement réglé par l'art. 759 du Code de procédure, et que d'ailleurs l'ordre peut être provoqué par le vendeur et par les créanciers hypothécaires, aussi bien que par l'acquéreur. Vainement aussi a-t-on invoqué, en sens contraire des solutions données au texte, les art. 1593 et 2188. Le 1er de ces articles, en mettant à la charge de l'acquéreur les frais d'actes et autres accessoires à la vente, n'a eu évidemment en vue que les frais auxquels la vente donne lieu de sa nature, et non les frais de purge, qui ne se rapportent pas à l'acquisition de la propriété même, et n'ont qu'un caractère accidentel. Quant à l'argument tiré de l'art. 2188, il n'est rien moins que concluant : si les frais de purge doivent, comme ceux de la vente, être remboursés à l'acquéreur par l'adjudicataire sur surenchère, c'est qu'il ne peut y avoir lieu à surenchère qu'après purge, et qu'ainsi les frais de cette procédure sont, tout comme ceux de la vente, inhérents au mode spécial de l'acquisition sur surenchère. Taulier, VI, p. 29. Bordeaux, 14 décembre 1827, Sir., 28, 2, 100. Limoges, 18 décembre 1840, Sir., 41, 2, 185. Toulouse, 27 février 1856, Sir., 56, 2, 329. Civ. cass., 22 avril 1856, Sir., 56, 1, 849. Voy. en sens contraire : Duranton, XVI, 124;

Il en est de même des frais de purge des hypothèques légales dispensées d'inscription et non inscrites, alors du moins qu'il s'agit d'hypothèques grevant l'immeuble vendu du chef du vendeur lui-même[36]. Quant aux frais de purge exposés par l'acquéreur dans le but de provoquer l'inscription d'hypothèques légales qui pourraient grever cet immeuble du chef de précédents propriétaires, ils doivent rester à la charge de l'acquéreur, à moins qu'il ne soit réellement survenu de pareilles inscriptions[37].

4° *Des diverses espèces de purge.*

A côté de la purge générale ou ordinaire, dont l'objet a été indiqué sous le n° 1 de ce paragraphe, et dont les formalités sont tracées aux art. 2181 à 2192 du Code Napoléon, 832 et suiv. du Code de procédure, la loi a encore organisé, dans les art. 2193 à 2195, une purge spéciale, qui s'applique aux hypothèques légales, non inscrites, des femmes mariées, des mineurs et des interdits, et qui a principalement pour but de mettre les personnes auxquelles ces hypothèques compètent, en demeure de les faire inscrire dans un certain délai, sous peine de déchéance du droit de suite.

Cette purge spéciale devient donc sans objet, en tant qu'il s'agit d'hypothèques légales qui, quoique dispensées d'inscription, ont cependant été inscrites[38], et, à plus forte raison, dans l'hypo-

Troplong, *De la vente*, I, 164; Duvergier, *De la vente*, I, 169; Marcadé, sur l'art. 1593; Colmar, 11 juin 1809, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 87; Toulouse, 24 novembre 1855, Sir., 56, 2, 110.

36 Dans ce cas, il n'y a pas de motifs pour soustraire le vendeur à l'obligation de payer les frais spéciaux auxquels peut donner lieu la purge des hypothèques légales non inscrites, puisqu'il est en faute de ne pas en avoir requis l'inscription.

37 En dehors de l'hypothèse indiquée au texte, il ne serait pas juste de faire supporter au vendeur ou à ses créanciers, les frais d'une procédure qui est à considérer comme ayant été engagée sans nécessité. Cpr. Taulier, *op. cit.*; Grenoble, 7 janvier 1857, Sir., 58, 2, 560.

38 Le mode spécial de purge organisé par les art. 2193 et 2194, ne doit et ne peut être suivi que dans le cas où il n'existe pas d'inscription du chef des mineurs, des interdits, ou des femmes mariées. Au cas contraire, c'est-à-dire lorsque les hypothèques légales compétant à ces personnes ont été inscrites, il est tout à la fois nécessaire et suffisant pour en opérer la purge, de suivre la marche tracée par les art. 2181 et suivants. C'est ce qui résulte, tant de l'intitulé du chapitre dans lequel se trouvent placés les art. 2193 et 2194, que du

thèse où, par suite de l'expiration de l'année à partir de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle, de pareilles hypothèques se sont trouvées soumises à la nécessité de l'inscription[39].

Elle est, au surplus, complétement étrangère aux priviléges, et ne s'applique même pas à ceux qui, dispensés d'inscription tant que les immeubles grevés restent dans les mains du débiteur, doivent, pour demeurer efficaces à l'égard des tiers acquéreurs, être inscrits avant la transcription des actes d'aliénation[40].

Lorsqu'un immeuble est grevé tout à la fois de priviléges ou d'hypothèques inscrites, et d'hypothèques légales dispensées d'inscription et non inscrites, l'acquéreur, qui veut purger ces priviléges et ces différentes hypothèques, doit remplir cumulativement les formalités prescrites par les art. 2181 et suivants, et celles qui sont tracées par l'art. 2194[41].

Les formalités spéciales établies par ce dernier article suffisent à elles seules pour la purge des hypothèques légales dispensées d'inscription, et non inscrites avant leur accomplissement.

Il en résulte que, dans le cas même où, à la suite de ces formalités et avant l'expiration du délai indiqué en l'art. 2195, des inscriptions viendraient à être prises du chef d'un mineur, d'un interdit, ou d'une femme mariée, l'acquéreur ne serait pas tenu de faire à ces personnes la notification dont parle l'art. 2183[42].

texte même du premier de ces articles. Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 2, n° 5, 2°. Persil, sur l'art. 2193, n° 3. Troplong, IV, 975 et 997. Pont, n°s 1267 et 1402. Zachariæ, § 295, texte et note 1re. Civ. rej., 21 août 1833, Sir., 33, 1, 612.

39 Dans cette hypothèse, en effet, les hypothèques légales non inscrites avant la transcription de l'acte d'aliénation, sont par cela même destituées de toute efficacité à l'égard de l'acquéreur, qui n'a par conséquent plus à les purger. Loi du 23 mars 1855, art. 6 et 8. Cpr. § 269, texte n° 2, lett. *b* et *c*. Que si, au contraire, ces hypothèques ont été inscrites avant la transcription, elles seront purgées d'après le mode général et ordinaire indiqué aux art. 2181 et suiv. Cpr. la note précédente.

40 Cpr. art. 2101 et 2104; § 269, texte n° 1 et note 5. Suivant que ces priviléges ne seront pas inscrits, ou qu'ils le seront, avant la transcription, ils se trouveront inefficaces à l'égard de l'acquéreur, qui n'aura plus besoin de les purger, ou ils pourront et devront être purgés en la forme ordinaire. Tarrible, *op. et v° citt.*, § 2, n° 5, 3°. Troplong, IV, 922.

41 Tarrible, *op. et v° citt.*, § 2, n° 5, 5°.

42 Tarrible, *op. et v° citt.*, § 2, n° 5, 4°. Grenier, II, 457. Troplong, IV, 995. Pont, n° 1409. Grenoble, 27 décembre 1821, Sir., 22, 2, 364. Metz, 14 juin

Mais on ne pourrait plus aujourd'hui en conclure, comme on le faisait avant la loi du 23 mars 1855[43], que l'acquéreur qui veut purger les hypothèques légales dispensées d'inscription et non inscrites, n'est pas même obligé de faire transcrire son acte d'acquisition[44].

§ 294.

B. *De la purge des priviléges et des hypothèques rendus publics par l'inscription.*

1° *Des formalités et conditions à remplir par le tiers détenteur.*

a. Le tiers détenteur qui veut purger, doit avant tout faire transcrire l'acte par lequel il est devenu propriétaire de l'immeuble grevé[1]. Art. 2181.

1837, Sir., 38, 2, 197. Voy. en sens contraire : Duranton, XX, 423; Zachariæ, § 295, texte et note 13; Caen, 28 août 1811, Dev et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 563; Caen, 12 avril 1826, Sir., 27, 2, 107; Orléans, 17 juillet 1829, Sir., 29, 2, 217. Cpr. § 295, texte et note 14.

[43] Voy. Tarrible, *op. et v° citt.*, § 2, n° 5; Persil, sur l'art. 2194; Grenier, I, 265; Troplong, IV, 921; Zachariæ, § 295, note 4.

[44] Sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 23 mars 1855, la transcription requise par l'art. 2181 du Code Napoléon ne constituait qu'une formalité préalable à la purge ordinaire; et l'on décidait, avec raison, qu'elle se trouvait remplacée, pour la purge des hypothèques légales non inscrites, par le dépôt au greffe du contrat translatif de propriété, exigé par l'art. 2194. Voy. les auteurs cités à la note précédente. Mais aujourd'hui que la transcription est nécessaire pour rendre efficace à l'égard des tiers, et notamment des créanciers hypothécaires, tout contrat translatif de propriété immobilière, l'acquéreur serait sans qualité pour procéder à la purge des hypothèques légales non inscrites, tant que son titre n'aurait pas été soumis à la transcription; et les titulaires de ces hypothèques conserveraient, malgré une pareille purge, le droit de les inscrire, conformément aux art. 3 et 6 de la loi du 23 mars 1855, jusqu'à l'accomplissement de cette formalité. Cpr. Pont, n° 1288.

[1] Le tiers détenteur est-il également tenu de faire transcrire les actes d'acquisition des précédents propriétaires, qui n'auraient pas accompli cette formalité? Sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 23 mars 1855, une jurisprudence constante s'était, malgré la dissidence de plusieurs auteurs, prononcée pour la solution négative. Voy. § 272, texte n° 2 et note 7. Cette solution nous semble devoir être encore admise aujourd'hui, en ce sens du moins que, sans avoir fait transcrire les actes d'acquisition des précédents propriétaires, le tiers détenteur purgera valablement les hypothèques inscrites contre eux, pourvu qu'ayant levé l'état des inscriptions grevant de leur chef l'immeuble par lui ac-

b. Il doit, en second lieu, faire aux créanciers inscrits la notification prescrite par l'art. 2183.

Il est autorisé à y procéder sans être obligé d'attendre la provocation des créanciers, et sans avoir besoin de mettre son auteur en demeure de lui rapporter main-levée des inscriptions[2].

Il est tenu de faire cette notification au plus tard dans les trente jours[3] qui suivent la première sommation[4], à lui adressée par l'un

quis, il ait fait aux créanciers au nom desquels elles ont été prises, la notification prescrite par l'art. 2183. Pont, n° 1292. Cpr. Req. rej., 5 mai 1835, Sir., 35, 1, 241. Mais il est bien entendu que, si le tiers détenteur n'a pas fait transcrire les actes d'acquisition des précédents propriétaires, la transcription de son propre titre ne suffira plus aujourd'hui, comme elle eût suffi autrefois, pour arrêter le cours des inscriptions des hypothèques existant du chef de ces derniers, et que ces diverses hypothèques pourront, malgré la purge, être utilement inscrites jusqu'à la transcription de l'acte par lequel celui des propriétaires successifs dont elles procèdent, a aliéné l'immeuble. Voy. § 209, texte, lett. *C*, n° 2, notes 99 à 103; § 272, texte n° 2 et note 11.

[2] Pont, n° 1296. Limoges, 18 décembre 1840, Sir., 41, 2, 185.

[3] L'art. 2183 dit à la vérité *dans le mois*; mais, d'après le calendrier républicain, qui était encore en vigueur lorsque le Code Napoléon a été décrété, le mois se composait invariablement de trente jours. Or, comme la sommation, à partir de laquelle se calcule ce délai d'un mois suivant l'art. 2183, n'est autre que la sommation de payer ou de délaisser dont il est question en l'art. 2169, et comme, aux termes de ce dernier article, c'est *trente jours après* cette sommation que le créancier est autorisé à procéder à l'expropriation de l'immeuble, on doit, pour maintenir l'harmonie que les rédacteurs du Code ont voulu établir entre ces deux dispositions, prendre encore aujourd'hui le délai d'un mois fixé par l'art. 2183 comme équivalant à un terme invariable de trente jours. Cpr. § 49, texte et note 12, *in fine*. Battur, II, 104. Troplong, III, 732. Pont, n° 1298. Zachariæ, § 294, texte et note 4. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 341. Cet auteur enseigne que le délai d'un mois doit se régler d'après le calendrier grégorien, et se calculer de quantième à quantième.

[4] On a voulu soutenir que *la première sommation* dont parle l'art. 2183 est une sommation *préalable de purger*, que les créanciers devraient signifier au tiers détenteur, pour le mettre en demeure d'user de cette faculté. Voy. Nîmes, 4 juin 1807 et 6 juillet 1812, Sir., 7, 2, 704, et 13, 2, 259 ; Riom, 31 mai 1817, Sir., 18, 2, 238. Mais il ressort nettement du rapprochement des art. 2169 et 2183, que la première sommation, rappelée dans l'art. 2183, est la *sommation de payer ou de délaisser* signifiée, conformément à l'art. 2169, par le créancier le plus diligent, et se trouvant ainsi *la première en date*. Les créanciers n'ont donc point à faire précéder la sommation de payer ou de délaisser d'une sommation de purger, dont on ne rencontre aucune trace dans la loi ; et une pareille sommation serait insuffisante pour faire courir, contre le tiers détenteur, le

ou l'autre des créanciers hypothécaires[5], de payer ou de délaisser; et ce, à peine de déchéance de la faculté de purger[6], à supposer, d'ailleurs, que le commandement qui doit précéder la sommation dont il vient d'être parlé et cette sommation elle-même aient été valablement formalisés, et ne soient pas tombés en péremption[7].

La notification doit, en règle, être adressée à tous les créanciers inscrits avant la transcription du titre du tiers détenteur, et portés sur l'état délivré par le conservateur après l'accomplissement de cette formalité[8]. Mais, comme elle doit pouvoir se faire au domicile élu dans l'inscription, le tiers détenteur n'est tenu de l'adresser qu'aux créanciers dont les inscriptions contiennent élection de

délai de trente jours, à l'expiration duquel il est déchu de la faculté de purger. Delvincourt, III, p. 366. Persil, sur l'art. 2169, n° 1. Zachariæ, § 287, note 12, *in fine*. Duranton, XX, 239 et 369. Troplong, III, 793 *bis*, et IV, 916. Pont, n° 1149. Bruxelles, 6 février 1823, Sir., 24, 2, 175. Caen, 9 août 1824, Sir., 25, 2, 336. Orléans, 4 juillet 1828, Sir., 29, 2, 56. Toulouse, 7 décembre 1830, Sir., 31, 2, 165. Amiens, 10 mai 1837, Sir., 38, 2, 196. Paris, 6 octobre 1841, Sir., 42, 2, 536. Req. rej., 25 novembre 1862, Sir., 63, 1, 149. — Un commandement, fait par le vendeur à l'acquéreur, de payer le prix de vente, n'équivaut pas à la sommation dont parlent les art. 2169 et 2183, et ne constitue pas ce dernier en demeure de purger dans le délai de trente jours. Req. rej., 29 novembre 1825, Sir., 26, 1, 156.

[5] La sommation faite par l'un des créanciers inscrits profite donc aux autres, et fait courir en faveur de tous le délai de trente jours, à l'expiration duquel le tiers détenteur se trouve déchu de la faculté de purger. Delvincourt, III, p. 366. Grenier, II, 342. Troplong, III, 795 *bis*. Pont, n°s 1154 et 1299. Zachariæ, § 289, note 10, *in fine*, et § 294, texte et note 5. Riom, 31 mai 1817, Sir., 18, 2, 238. Civ. cass., 29 novembre 1820, Sir., 21, 1, 151. Civ. cass., 30 juillet 1822, Sir., 22, 1, 350. Limoges, 14 juillet 1847, Sir., 47, 2, 625.

[6] Grenier, II, 344. Troplong, IV, 916. Pont, n° 1297. Zachariæ, § 294, note 3. Caen, 17 juin 1823, Sir., 25, 2, 323. Paris, 18 mai 1832, Sir., 32, 2, 402. Toulouse, 29 juin 1836, Sir., 37, 2, 27. Bordeaux, 11 décembre 1839, Sir., 40, 2, 198. Limoges, 14 juillet 1847, Sir., 47, 2, 625.

[7] Req. rej., 25 novembre 1862, Sir., 63, 1, 149. Cpr. § 287, texte n° 1.

[8] Les créanciers qui ne se sont inscrits que postérieurement à la transcription, et ceux que le conservateur a omis de porter sur l'état dont la délivrance a été requise après l'accomplissement de cette formalité, n'ont aucun droit de suite à faire valoir à l'encontre du tiers détenteur, qui se trouve par cela même dispensé de leur notifier son titre d'acquisition. Voy. Loi du 23 mars 1855, art. 6; Code Nap., art. 2198. Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 4, n° 2. Troplong, IV, 919 et 920. Zachariæ, § 294, texte et note 6.

domicile[9]. Du reste, elle doit être faite à chacun des créanciers individuellement, dans le cas même où, s'agissant d'une créance commune à plusieurs personnes, il n'aurait été pris pour toutes qu'une inscription, renfermant la même élection de domicile[10].

Le défaut de notification à l'un des créanciers inscrits ne vicie pas, à l'égard des autres, la procédure à fins de purge[11]. Mais cette procédure est dénuée de toute efficacité par rapport au créancier qui, faute de notification, y serait resté étranger[12].

La notification peut se faire, d'une manière valable, tant au domicile élu dans l'inscription, qu'à personne ou à domicile général[13]. Mais elle doit, à peine de nullité, être faite par un huissier commis à cet effet, et contenir constitution d'avoué près le tribunal où la surenchère et l'ordre seront portés. Code de procédure civile, art. 832, al. 1, et 838, al. 2.

La notification doit, aux termes de l'art. 2183, contenir les documents suivants :

α. Un extrait du titre d'acquisition indiquant : la date et la qualité de cet acte ; le nom et la désignation précise de la personne dont il émane ; la nature et la situation de l'immeuble acquis, et s'il s'agit d'un corps de biens, la dénomination générale du domaine et des arrondissements dans lesquels il est situé ; enfin le prix d'acquisition et les charges qui en font partie, ou l'évaluation de l'immeuble, si l'aliénation en a eu lieu autrement qu'à titre de vente, par exemple, à titre de donation, ou par voie d'échange[14].

[9] Cpr. § 276, texte et note 21. Pont, n° 1303.

[10] Pont, n° 1304. Bourges, 9 janvier 1857, Sir., 57, 2, 254.

[11] Grenier, II, 440. Duranton, XX, 375. Pont, n° 1302. Zachariæ, § 294, note 6, *in fine*. Req. rej., 28 mai 1817, Sir., 18, 1, 297. Toulouse, 29 juin 1836, Sir., 37, 2, 27.

[12] Grenier et Pont, *locc. citt.* Troplong, IV, 920. Cpr. Nîmes, 25 mai 1857, Sir., 57, 2, 609.

[13] L'élection de domicile étant uniquement prescrite dans l'intérêt des tiers qui peuvent avoir des significations à faire aux créanciers hypothécaires, rien ne s'oppose à ce qu'en renonçant aux facilités introduites en leur faveur, les tiers fassent, à personne ou à domicile général, les significations qu'ils auraient à adresser à ces créanciers. Cpr. 146, texte et note 17 ; texte et note 9 *supra*. Persil, sur l'art. 2183, n° 3. Grenier, II, 439. Martou, IV, 1404. Zachariæ, § 294, note 7.

[14] Grenier, II, 455. Troplong, IV, 925. Pont, n° 1307. Zachariæ, § 294, texte et note 10. Paris, 28 juin 1847, Sir., 47, 2, 409.

β. Un extrait de la transcription, c'est-à-dire de la mention par laquelle le conservateur a constaté l'accomplissement de cette formalité.

γ. Un tableau sur trois colonnes, dont la première indique la date des hypothèques et celle des inscriptions, la seconde, le nom des créanciers, la troisième, le montant des créances inscrites [15].

Par *charges faisant partie du prix de la vente*, il faut entendre toutes les sommes ou prestations que, pour devenir propriétaire de l'immeuble, l'acquéreur s'est obligé de payer ou de fournir en sus du prix proprement dit, soit au vendeur lui-même, soit à ses créanciers à sa décharge, soit à des tiers qu'il en a gratifiés, et dont le paiement ou l'accomplissement doit ainsi tourner directement ou indirectement au profit de ce dernier [16].

Telle est l'obligation imposée à l'acquéreur d'acquitter des frais qui ne seraient pas de plein droit à sa charge [17], et notamment des frais de purge [18]. Tel est encore l'engagement contracté par l'acquéreur de payer des contributions échues avant l'époque à laquelle se trouve fixée ou reportée son entrée en jouissance [19].

On ne saurait, au contraire, considérer comme une charge faisant partie du prix, l'obligation spécialement imposée à l'acquéreur d'acquitter, soit des frais que de plein droit il est tenu de supporter [20],

15 Cpr. Req. rej., 28 mai 1817, Sir., 18, 1, 297; Req. rej., 14 mars 1853, Sir., 53, 1, 261.

16 Civ. cass., 25 novembre 1811, Sir., 12, 1, 85. Civ. cass., 3 avril 1815, Sir., 15, 1, 206. Nancy, 18 mai 1827, Sir., 27, 2, 232. Bordeaux, 4 mai 1833, Sir., 33, 2, 507.

17 Persil, *Commentaire de la loi du 2 juin 1841*, n° 437. Civ. cass., 15 mai 1811, Sir., 11, 1, 257. Civ. cass., 2 novembre 1813, Sir., 14, 1, 11. Riom, 29 mars 1816, Sir., 17, 2, 356. Pau, 23 juin 1833, Sir., 33, 2, 644. Bordeaux, 14 décembre 1827, Dalloz, 1828, 2, 90. Montpellier, 5 décembre 1835, Sir., 37, 2, 242. — Sur le point de savoir quels sont les frais qui sont ou non de plein droit à la charge de l'acquéreur, voy. art. 1593 et § 353.

18 Cpr. § 293 *bis*, texte n° 3, *in fine*, et notes 35 à 37.

19 Troplong, IV, 936. Persil, *op. cit.*, n° 438. Bourges, 1er août 1829, Sir., 30, 2, 202. Voy. en sens contraire : Req. rej., 11 janvier 1825, Sir., 25, 1, 410. Cet arrêt, sans portée au point de vue des principes, ne renferme en réalité qu'une solution d'espèce.

20 Req. rej., 26 février 1822, Sir., 22, 1, 305. — Si l'acquéreur s'était soumis à payer, pour couvrir les frais de l'acquisition, une certaine quotité de centimes par franc, l'excédant de ces centimes sur les frais qui sont de plein droit à supporter par lui, constituerait une charge faisant partie du prix.

soit les intérêts du prix [21], soit enfin des billets de primes d'assurances, à échéoir après son entrée en jouissance [22].

Lorsque, parmi les charges imposées à l'acquéreur, il en est qui sont à considérer comme faisant partie du prix, et d'autres qui ne revêtent pas ce caractère, celui-ci n'est point obligé de distinguer les premières des dernières, et il satisfait suffisamment au vœu de la loi en indiquant indistinctement les unes et les autres [23].

Mais, si le prix ou les charges qui en font partie consistaient dans des prestations en nature ou dans une rente viagère, l'acquéreur devrait, à peine de nullité, en faire l'évaluation en argent ou en capital [24].

La question de savoir quelles sont les omissions ou inexactitudes qui entraînent la nullité de la notification prescrite par l'art. 2183, doit se résoudre au moyen d'une distinction qu'indique l'objet même de cette notification, destinée à fournir aux créanciers les renseignements nécessaires pour apprécier s'il leur convient ou non de

21 Les intérêts, qui sont la représentation de la jouissance de l'immeuble, ne forment point une charge en sus du prix. L'acquéreur, d'ailleurs, en est de plein droit tenu, vis-à-vis des créanciers hypothécaires, à partir de la notification à fins de purge. Cpr. texte et note 42 *infra*. Persil, *op. cit.*, n° 439. Pont, n° 1319. Rouen, 4 juillet 1828, Sir., 29, 2, 217. Rouen, 17 novembre 1838, Sir., 39, 2, 19. Voy. cep. Zachariæ, § 294, note 9.

22 Angers, 16 avril 1834, Sir., 34, 2, 387.

23 Civ. cass., 2 novembre 1813, Sir., 14, 1, 11.

24 Delvincourt, III, part. I, p. 173, et part. II, p. 364. Persil, sur l'art. 2183. Grenier, II, 455. Troplong, IV, 925. Martou, IV, 1396. Zachariæ, *loc. cit.* Paris, 5 février 1814, Dalloz, *Rép.*, v^is^ Priv. et Hyp., p. 386. Voy. en sens contraire : Pont, n° 1312 ; Civ. cass., 3 avril 1815, Sir., 15, 1, 207 ; Aix, 2 février 1821, Sir., 23, 2, 9 ; Req. rej., 11 mars 1829, Sir., 29, 1, 89. Vainement dit-on, à l'appui de cette dernière opinion, que la règle posée au texte dépasse les exigences de la loi. Si l'art. 2183 ne soumet pas expressément l'acquéreur, à la nécessité d'évaluer en argent ou en capital les prestations en nature ou la rente viagère qui constituent tout ou partie de son prix, cette nécessité découle virtuellement de l'obligation que lui impose l'art. 2184, d'offrir le paiement immédiat des dettes hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix, c'est-à-dire de la somme d'argent qui le constitue, ou qui représente en numéraire et en capital les charges à lui imposées en retour de la transmission de la propriété de l'immeuble. L'évaluation de ces charges est absolument nécessaire pour faire connaître, d'une manière positive, aux créanciers hypothécaires, le montant de l'offre qui leur est faite à titre de prix, et pour les mettre en demeure de l'accepter ou d'exercer la faculté de surenchérir qui leur compète.

surenchérir, et pour les mettre à même de le faire, le cas échéant, d'une manière régulière. Elle se décidera donc dans le sens de l'affirmative ou de la négative, suivant que ces omissions ou inexactitudes seront ou non de nature à gêner le libre exercice de l'option et de la faculté dont s'agit [25].

Par application de cette règle, il a été jugé que la notification est nulle, lorsque le prix déclaré par l'acquéreur est inférieur à celui qui se trouve porté au contrat [26]; et qu'au contraire elle n'est pas nulle dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire lorsque le prix indiqué est supérieur au prix stipulé [27].

c. Enfin, la troisième condition imposée au tiers détenteur est de déclarer, dans l'acte renfermant la notification dont il vient d'être parlé, qu'il est prêt à acquitter sur le champ, jusqu'à concurrence du prix, toutes les dettes et charges hypothécaires, sans distinction des dettes exigibles et de celles qui ne le sont pas, soit parce que le terme de paiement ne se trouve pas encore échu, soit parce qu'elles consistent en rentes, perpétuelles ou viagères, dont le capital est inexigible [28]. Art. 2184.

[25] Cpr. § 37, texte et note 9; Troplong, IV, 924; Pont, n° 1322; Zachariæ, § 294, texte et note 18; Paris, 6 mai 1844, Sir., 44, 2, 545; Req. rej., 14 mars 1853, Sir., 53, 1, 261.

[26] Turin, 2 mars 1811, Sir., 11, 2, 271. Voy. aussi dans ce sens: Persil, sur l'art. 2183, n° 8; Grenier, II, 439; Duranton, XX, 387; Zachariæ, *loc. cit.* Voy. en sens contraire: Delvincourt, III, p. 364; Troplong, IV, 924. Ces derniers auteurs n'ont pas remarqué que la dissimulation d'une partie du prix aura presque toujours pour résultat de forcer les créanciers à recourir au remède extrême, périlleux, et coûteux, de la surenchère, dont à leur grand profit ils auraient pu s'abstenir, s'ils avaient été informés du véritable état des choses, et qu'ainsi cette dissimulation vicie dans son essence la notification, dont l'objet est précisément de les mettre en situation d'exercer en pleine connaissance de cause l'option qui leur appartient.

[27] Civ. cass., 3 avril 1815, Sir., 15, 1, 206. Delvincourt, Troplong et Duranton, *locc. citt.* — Il est bien entendu que l'acquéreur devra, dans cette hypothèse, verser la totalité du prix par lui déclaré, sans pouvoir se libérer au moyen de la somme portée au contrat. Cpr. Req. rej., 21 mars 1820, Sir., 20, 1, 327; Paris, 13 décembre 1834, Sir., 35, 2, 331; Paris, 27 novembre 1841, Sir., 42, 2, 50.

[28] Troplong, IV, 927 et 959. Zachariæ, § 294, texte et note 12. Nîmes, 23 frimaire an XIV, Sir., 6, 2, 82. Caen, 17 juin 1823, Sir., 25, 2, 323. Caen, 24 janvier 1827, Sir., 28, 2, 175.

L'offre doit porter non-seulement sur le prix proprement dit, mais encore sur les charges qui en font partie [29].

Quelles que puissent être les stipulations du contrat d'acquisition, comme ces stipulations ne sont point opposables aux créanciers hypothécaires, en tant qu'elles auraient pour résultat de modifier les conditions légales auxquelles la faculté de purger se trouve subordonnée, l'offre de payer le prix n'en doit pas moins être pure et simple, et intégrale ; elle n'admet donc, ni délai [30], ni réserve [31], ni retenue [32].

Une offre qui contreviendrait à l'une ou l'autre de ces conditions, ou qui ne s'expliquerait pas d'une manière satisfaisante sur le paiement, jusqu'à concurrence du prix, des dettes hypothécaires, serait nulle, et cette nullité entraînerait celle de la notification.

Mais il n'est pas absolument nécessaire que le tiers détenteur se serve, pour formuler son offre, des termes mêmes employés par la loi ; il suffit que l'engagement de se conformer aux dispositions qu'elle prescrit à ce sujet, ressorte clairement de sa déclaration [33].

L'offre faite en conformité de l'art. 2184, emporte par elle-même, et dès avant toute acceptation de la part des créanciers hypothécaires, un engagement personnel, que le tiers détenteur n'est plus admis à rétracter unilatéralement [34], et auquel il ne lui est pas per-

[29] C'est ce qui ressort évidemment du rapprochement des art. 2184 et 2183, n° 1.

[30] L'acquéreur qui veut purger est tenu de renoncer au bénéfice des termes qui lui avaient été accordés par le vendeur. Liége, 18 avril 1806, Sir., 6, 2, 200. Bordeaux, 8 juillet 1814, Sir., 15, 2, 6. Voy. aussi les deux arrêts de Caen cités à la note 28 *supra*.

[31] Pont, n° 1318. Toulouse, 17 juillet 1844, Sir., 45, 2, 182.

[32] Zachariæ, § 287, texte et note 6. Ainsi, l'acquéreur ne peut se prévaloir de la clause par laquelle il a été stipulé qu'une partie du prix se compenserait avec ce que le vendeur lui doit : il est tenu d'offrir le paiement de l'intégralité de son prix. Liége, 8 mai 1811, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Hypothèques, IX, p. 385, note 3.

[33] Pont, n° 1317. Zachariæ, § 294, note 15. Turin, 2 mars 1811, Sir., 11, 2, 371. Req. rej., 28 mai 1817, Sir., 18, 1, 297. Cpr. Caen, 17 juin 1823, Sir., 25, 2, 323.

[34] Persil, sur l'art. 2184, n° 12. Grenier, II, 458. Cpr. Pont, n° 1320. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 931 et 931 *bis*. Cét auteur enseigne que le tiers détenteur peut, jusqu'à l'expiration des quarante jours donnés aux créanciers pour exercer la faculté de surenchérir, se dédire valablement de son offre, à moins que ces derniers ne l'aient expressément acceptée. Cpr. aussi dans ce

mis de se soustraire même indirectement[35]. Il y a mieux : il ne pourrait demander la réduction de son offre sous prétexte d'une diminution de prix à laquelle il aurait eu droit[36]. Mais il serait recevable à opérer, au moyen d'une nouvelle notification, le redressement d'une erreur matérielle qu'il aurait commise dans l'indication du prix[37]. Que si, postérieurement à ses offres, et même après l'expiration du délai de surenchère, le tiers détenteur venait à subir une éviction partielle, il serait autorisé à demander dans l'ordre une réduction du prix par lui offert, et même, le cas échéant, à répéter *condictione indebiti* l'indemnité qui lui serait due[38].

L'engagement personnel dont il s'agit a cela de particulier que, n'étant contracté par l'acquéreur qu'en sa qualité de tiers détenteur, il ne lui fait point perdre cette qualité, et ne l'oblige, envers les créanciers au profit desquels il a été pris, que dans la mesure de leurs droits hypothécaires. Il en résulte que l'acquéreur, nonobstant cet engagement, conserve la faculté de discuter

sens : Zachariæ, § 294, texte et note 17. Il est vrai qu'une offre peut en général être rétractée, tant qu'elle n'a pas été acceptée. Mais ce principe est nécessairement soumis à modification dans le cas où l'offre, ayant été faite avec faculté d'acceptation dans un certain délai, implique virtuellement l'engagement de la maintenir durant ce délai. Cette modification doit d'autant mieux être admise dans l'hypothèse qui nous occupe, que le silence des créanciers pendant les quarante jours qui leur sont accordés pour surenchérir, emporte de leur part acceptation de l'offre faite par le tiers détenteur, et qu'ainsi ils doivent, durant ce délai même, être considérés comme acceptant, aussi longtemps et par cela seul qu'ils n'ont pas manifesté une volonté contraire.

35 Ainsi, par exemple, l'acquéreur subrogé aux droits d'un précédent vendeur non payé, ne peut plus demander, du chef de ce dernier, la résolution de la première vente, pour faire tomber sa propre acquisition, et se soustraire ainsi à l'obligation personnelle qu'il a contractée envers les créanciers de son propre vendeur. Civ. rej., 4 février 1857, Sir., 58, 1, 394. Voy. en sens contraire : Poitiers, 13 mai 1846, Sir., 47, 2, 416.

36 Cpr. Paris, 13 décembre 1834, Sir., 35, 2, 331. Voy. cep. Grenoble, 14 juin 1849, Sir., 52, 2, 273.

37 *Error calculi non nocet.* La nouvelle notification à faire, en pareil cas, par le tiers détenteur, aurait pour effet de rouvrir le délai de surenchère, dont elle formerait le point de départ.

38 Cpr. § 355, texte n° 1 et note 21. Grenoble, 25 mai 1863, Sir., 64, 2, 124. Voy. aussi pour le cas de perte ou de détérioration de l'immeuble : texte n° 4 et note 106 *infra*.

les droits de ces créanciers [39], ainsi que celle de leur opposer, comme tiers détenteur, la prescription de dix à vingt ans, qui n'est, ni interrompue, ni, à plus forte raison, prorogée à trente ans, par les notification et déclaration faites en vertu des art. 2183 et 2184 [40].

Par l'effet même de l'offre de payer le prix stipulé ou déclaré, le tiers détenteur, quoique n'ayant pas été touché d'une sommation de payer ou de délaisser [41], se trouve virtuellement soumis à l'obli-

[39] Toulouse, 30 janvier 1834, Sir., 34, 2, 241. Bordeaux, 15 janvier 1835, Sir., 35, 2, 248. Voy. aussi : Civ. cass., 26 août 1862, Sir., 62, 1, 920.

[40] Les auteurs se prononcent généralement en sens contraire, en se fondant sur l'engagement personnel contracté par le tiers détenteur, engagement qui, disent-ils, ne peut s'éteindre que par la prescription de trente ans. Grenier, II, 516. Fœlix et Henrion, *Des rentes foncières*, n° 200, p. 425. Troplong, IV, 883*bis*. De Fréminville, *Des minorités*, I, p. 469. Pont, n° 1249. Voy. encore dans ce sens : Riom, 2 janvier 1858, Sir., 58, 2, 188. Cpr. aussi : Nîmes, 25 mai 1857, Sir., 57, 2, 609. L'argumentation des auteurs précités n'est, à notre avis, que le résultat d'une confusion. L'engagement pris par le tiers détenteur, conformément à l'art. 2184, ne se prescrit, il est vrai, que par trente ans. Mais là n'est pas la question, qui est de savoir ce que comporte un pareil engagement, s'il renferme reconnaissance des droits des créanciers hypothécaires, et renonciation à se prévaloir des exceptions et moyens à l'aide desquels ces droits seraient susceptibles d'être contestés ou écartés. Or, la négative de la question ainsi posée nous paraît indubitable. En adressant à tous les créanciers inscrits, la notification et la déclaration prescrites par les art. 2183 et 2184, le tiers détenteur ne fait que se conformer à la marche que lui trace la loi pour purger son acquisition, et l'accomplissement de cette formalité légale ne saurait dès lors être considéré comme constituant de sa part une reconnaissance des droits de ces créanciers. On pourrait encore objecter que les créanciers hypothécaires n'étant plus admis, après la notification à fins de purge, à adresser au tiers détenteur la sommation de payer ou de délaisser, et se trouvant ainsi dans l'impossibilité d'interrompre la prescription de dix à vingt ans, ils doivent être garantis contre cette prescription par la maxime *Agere non valenti, non currit præscriptio*. Mais cette objection ne serait rien moins que décisive, parce que les créanciers pourront toujours interrompre la prescription dont s'agit, soit en poursuivant l'ordre, soit, au besoin, au moyen d'une action en déclaration d'hypothèque. Voy. en ce sens : Grenoble, 10 mars 1827, Sir., 28, 2, 41; Bordeaux, 15 janvier 1835, Sir., 35, 2, 248; Civ. rej., 6 mai 1840, Sir., 40, 1, 809; Bourges, 3 février 1843, Sir., 44, 2, 35; Douai, 17 novembre 1863, Sir., 64, 2, 253. Cpr. aussi : Req. rej., 7 novembre 1838, Sir., 39, 1, 428. Zachariæ émet sur cette question, à la note 9 du § 293, et à la note 17 du § 294, deux opinions contradictoires.

[41] Si le tiers détenteur avait été sommé de payer ou de délaisser, il devrait faire état aux créanciers hypothécaires, des intérêts de son prix à partir de la sommation. Voy. § 287, texte et note 54.

gation de tenir compte aux créanciers hypothécaires, des intérêts de ce prix à dater du jour même de cette offre[42]. Il devrait ces intérêts, bien que par son contrat il eût été dispensé d'en payer au vendeur. Il ne pourrait, même dans ce cas, se soustraire à cette obligation par une réserve contraire insérée dans sa notification, à moins cependant que la dispense du paiement des intérêts n'eût été restreinte à un délai préfixe, et qu'ainsi les intérêts auxquels cette dispense s'appliquerait, ne dussent être considérés comme compris dans le prix[43].

[42] Deux autres solutions ont été proposées au sujet de la question décidée au texte. Dans un premier système, l'acquéreur serait comptable envers les créanciers hypothécaires, non-seulement des intérêts à échoir depuis le jour de son offre, mais même de ceux échus antérieurement, à supposer qu'ils fussent encore dus au vendeur, aux droits duquel ces créanciers se trouveraient virtuellement subrogés par l'effet même de cette offre. Troplong, IV, 929 et 930. Paris, 10 juin 1833, Sir., 33, 2, 451. Orléans, 11 janvier 1853, Sir., 53, 2, 393. Cpr. aussi : Amiens, 10 juillet 1824, Sir., 24, 2, 382 ; Req. rej., 15 février 1847, Sir., 47, 1, 511. D'après un second système, l'acquéreur ne devrait les intérêts de son prix aux créanciers hypothécaires, que du jour de l'acceptation expresse de l'offre par lui faite, ou, à défaut d'une pareille acceptation, à partir seulement de l'expiration du délai de quarante jours accordé aux créanciers pour surenchérir. Martou, IV, 1427. Pont, nos 1319 et 1337. Ces deux systèmes doivent être rejetés. Le premier ne repose que sur une prétendue subrogation légale, dont on ne trouve aucune trace dans la loi. Le second, qui se rattache à une opinion que nous avons déjà combattue à la note 23 du § 280, ne tient pas compte de la rétroactivité, par suite de laquelle les effets de l'acceptation, expresse ou tacite, des offres de l'acquéreur, remontent au jour même où elles ont été faites. Grenier, II, 444. Rouen, 16 juillet 1844, Sir., 45, 2, 389. Cpr. aussi : Paris, 24 avril 1845, Sir., 45, 2, 385. — Il est, du reste, bien entendu qu'en l'absence de toute opposition, de la part des créanciers chirographaires, à ce que les intérêts qui ont couru depuis le jour de la vente jusqu'à celui de la notification, soient distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque, l'acquéreur, qui en serait encore débiteur, et le vendeur n'auraient, de leur côté, aucun intérêt légitime à s'y opposer. C'est ainsi que les choses se passent d'ordinaire dans la pratique, lorsque la purge a lieu peu de temps après l'acquisition.

[43] En principe, les créanciers hypothécaires ont, comme tels, droit aux fruits de l'immeuble hypothéqué, ou aux intérêts du prix qui les représentent, à partir du moment où leur hypothèque se réalise d'une manière effective. Art. 2176. Code de procéd., art. 682 et 685. Or, c'est ce qui a lieu, en cas de purge, par l'effet de la notification de l'offre que leur adresse l'acquéreur. Ce droit, dérivant de l'hypothèque même, ne peut être enlevé aux créanciers par une stipulation contraire insérée au contrat de vente : une pareille stipulation ne leur serait point opposable. Toutefois, s'il résultait des circonstances, et notamment de

La notification prescrite par les art. 2183 et 2184 doit, à peine de nullité, être faite par un huissier commis, et contenir constitution d'avoué près le tribunal où l'ordre devra être ouvert. Code de procédure, art. 832, al. 1, et 838.

La nullité dont se trouverait entachée la notification faite par l'acquéreur à tel ou tel des créanciers, est purement relative, et ne peut être invoquée que par ce créancier; le vendeur et les autres créanciers auxquels auraient été adressées des significations régulières, ne seraient pas recevables à l'opposer [44].

Cette nullité d'ailleurs est susceptible de se couvrir par la renonciation, expresse, ou tacite, de la personne admise à la proposer [45]. Une simple réquisition de mise aux enchères n'emporte pas nécessairement renonciation tacite au droit de la faire valoir [46].

Du reste, le tiers détenteur est admis à renouveler sa notification, s'il est encore en délai utile pour le faire [47].

En cas d'annulation de la procédure faite par l'acquéreur, les créanciers à la requête desquels cette annulation a été prononcée, sont autorisés à poursuivre contre lui l'expropriation des immeubles affectés à leurs créances, conformément aux règles exposées au § 287.

2° *Du droit qui appartient aux créanciers hypothécaires de requérir la mise aux enchères des immeubles dont le tiers détenteur poursuit la purge.*

a. La loi, en accordant au tiers détenteur d'immeubles grevés d'hypothèques, la faculté de les en affranchir au moyen de la purge,

celle qui se trouve indiquée au texte, que les intérêts ont été cumulés avec le prix, et que ce dernier en a été augmenté d'autant, les créanciers hypothécaires ne seraient pas fondés à les exiger une seconde fois, et la clause portant dispense du paiement des intérêts devrait recevoir son application même à leur égard. C'est au moyen de cette distinction que semblent devoir se concilier les décisions, en apparence contradictoire, de la jurisprudence. Voy. Req. rej., 17 février 1820, Sir., 39, 1, 435, à la note; Bordeaux, 26 juillet 1831, Sir., 32, 2, 195; Bordeaux, 19 juin 1835, Sir., 36, 2, 28; Civ. rej., 29 avril 1839, Sir., 39, 1, 435; Montpellier, 13 mai 1841, Sir., 41, 2, 447; Civ. cass., 24 novembre 1841, Sir., 41, 1, 333. Cpr. aussi : Req. rej., 24 mars 1841, Sir., 41, 1, 366; Civ. rej., 4 novembre 1863, Sir., 64, 1, 121.

44 Cpr. texte et note 11 *supra*. Pont, n° 1323. Orléans, 14 juillet 1846, Sir., 47, 2, 100. Civ. rej., 9 novembre 1858, Sir., 59, 1, 49.

45 Pont, n° 1324. Toulouse, 29 juin 1836, Sir., 37, 2, 27.

46 Pont, *loc. cit.* Bordeaux, 6 juillet 1814, Sir., 15, 2, 6.

47 Cpr. texte n° 1 et notes 3 à 7 *supra*. Zachariæ, § 294, texte et note 20.

a reconnu en même temps aux créanciers, le droit de requérir la mise aux enchères de ces immeubles, pour empêcher que, par suite d'aliénations consenties à un prix inférieur à leur véritable valeur, le gage hypothécaire ne se trouve amoindri. Art. 2185, al. 1.

Le droit de requérir la mise aux enchères, qui forme ainsi le correctif de la faculté de purger, est donc subordonné à l'exercice de cette faculté. Il en résulte qu'une réquisition de mise aux enchères faite avant toute notification à fins de purge, devait être rejetée comme prématurée[48].

b. Le droit de requérir la mise aux enchères appartient, en principe, à tout créancier pourvu d'un privilége ou d'une hypothèque, efficace en ce qui concerne le droit de suite. Il compète donc aux créanciers à hypothèque légale dispensée d'inscription, sans que, pour l'exercer, ils soient tenus de s'inscrire au préalable[49]. Il compète de même au vendeur dont le contrat a été transcrit, bien que le conservateur ait omis d'inscrire d'office son privilége. Mais il n'appartiendrait pas aux créanciers privilégiés indiqués en l'art. 2101, s'ils n'avaient pas pris inscription avant la transcription de l'acte d'aliénation.

Par exception à ce principe, les créanciers dont le privilége ou l'hypothèque est soumis à la formalité de l'inscription pour devenir efficace en ce qui concerne le droit de suite, ne seraient pas reçus à réclamer la mise aux enchères, si leurs inscriptions n'avaient point été portées sur le certificat requis par le tiers détenteur après la transcription de son titre[50].

Le droit de requérir la mise aux enchères appartient, non-seulement au titulaire originaire de la créance hypothécaire, mais encore à son cessionnaire[51], ou au créancier subrogé à son hypo-

[48] Bédarride et Chauveau, *Journal des avoués*, LXIII, p. 641, LXXVI, p. 636. Pont, n° 1354. Limoges, 24 avril 1863, Sir., 63, 2, 266. Voy. en sens contraire : Limoges, 22 mars 1843, Sir., 44, 2, 198 ; Rennes, 9 août 1849, Sir., 51, 2, 731 ; Limoges, 20 février 1858, Sir., 58, 2, 246. Cette dernière opinion doit être rejetée, parce qu'elle donnerait aux créanciers hypothécaires, le moyen d'évincer le tiers détenteur qui ne veut pas user de la faculté de purger, autrement que par une poursuite en expropriation forcée, alors que cette voie est cependant la seule que la loi leur ouvre à cet effet. Art. 2166.

[49] Voy. § 269, texte n° 2 et note 9.

[50] Voy. § 293, texte n° 4 et note 19.

[51] Voy. § 259 *bis*, texte n° 1, *in fine*.

thèque[52], et même à ses créanciers simplement chirographaires, agissant en vertu de l'art. 1166[53]. Mais la caution du débiteur hypothécaire n'a pas qualité pour former une surenchère, tant qu'elle ne se trouve pas, par le paiement de la créance, subrogée aux droits du créancier[54].

Quant à l'usufruitier d'une créance hypothécaire, il ne peut requérir la mise aux enchères, qu'autant que l'inscription a été prise tant à son profit que dans l'intérêt du nu-propriétaire[55].

Il n'y a pas, quant à l'exercice du droit de requérir la mise aux enchères, de différence à faire entre les créanciers dont les créances se trouvent actuellement exigibles, et ceux dont les créances sont à terme ou soumises à une condition non encore accomplie. Ces derniers sont, tout aussi bien que les premiers, admis à exercer le droit dont s'agit.

Mais le créancier soumis, pour une cause quelconque, à l'obligation de garantir l'éviction que souffrirait le tiers détenteur, n'est pas recevable à requérir la mise aux enchères[56]. Il en est de même de celui qui a expressément ou tacitement renoncé au droit de faire cette réquisition[57].

c. La réquisition de mise aux enchères ne peut être écartée, ni sous le prétexte que le prix offert par le tiers détenteur serait suf-

[52] Grenier, II, 461. Paris, 2 mars 1809, Sir., 9, 2, 238. Civ. rej., 30 mai 1820, Sir., 20, 4, 382.

[53] Ce droit, en effet, ne saurait, à aucun point de vue, être considéré comme exclusivement attaché à la personne du créancier. Persil, *Commentaire de la loi du 2 juin 1841*, n°s 428 et 429. Petit, *Des surenchères*, p. 333. Dalloz, *Rép.*, v° Surenchère, n° 61.

[54] Grenoble, 8 juillet 1834, Sir., 35, 2, 296.

[55] En effet, l'usufruitier, qui n'est pas admis à requérir la mise aux enchères au nom du nu-propriétaire, ne peut la réclamer en son propre nom, comme tout autre créancier hypothécaire, que sous la condition d'une inscription prise à son profit personnel.

[56] Arg. art. 2191. *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Merlin, *Rép.*, v° Transcription, § 5, n° 5. Grenier, II, 460. Pont, n° 1346. Zachariæ, § 294, note 22. Civ. rej., 8 juin 1853, Sir., 53, 1, 508. Req. rej., 30 janvier 1861, Sir., 61, 1, 337. — La maxime précitée ne serait pas opposable au créancier personnel d'un colicitant, ayant hypothèque sur la part indivise de ce dernier, lorsqu'il s'agit d'immeubles adjugés à un étranger. Dijon, 7 mars 1855, Dalloz, 1855, 2, 127.

[57] Pont, n° 1345. Cpr. Paris, 18 février 1826, Sir., 28, 2, 21 ; Req. rej., 9 avril 1839, Sir., 39, 1, 276.

fisant pour acquitter toutes les charges hypothécaires[58], ni au moyen de l'offre que ferait ce dernier de garantir, par un cautionnement, le paiement des sommes dues au requérant[59].

Mais l'acquéreur et le vendeur seraient admis à contester la validité de la réquisition de mise aux enchères, en se fondant sur la nullité ou l'extinction du titre du requérant. L'acquéreur pourrait également le faire, en invoquant la nullité de l'inscription[60].

La réquisition de mise aux enchères, quoique constituant en elle-même et dans son but un acte conservatoire, exige cependant, eu égard à l'engagement auquel elle est subordonnée et à la forme sous laquelle elle doit se produire, que celui dont elle émane ait la capacité de s'obliger et d'ester en justice[61].

Il résulte de là qu'une femme mariée, même séparée de biens, ne peut former, sans l'autorisation de son mari ou de la justice, une surenchère définitivement valable, à raison d'une créance qui lui appartiendrait contre un tiers[62]. Toutefois, comme le vice résultant du défaut d'autorisation est purement relatif, le tiers acquéreur n'est pas admis à s'en prévaloir pour demander la nullité de la surenchère, qui pourra être régularisée par une autorisation accordée même après l'expiration du délai fixé par

58 Paris, 3 février 1832, Dalloz, *Rép.*, v° Surenchère, n° 51. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 294, texte et note 42.

59 Grenoble, 11 juin 1825, Sir., 26, 2, 226.

60 Toulouse, 30 janvier 1834, Sir., 34, 2, 241. Caen, 29 février 1844, Sir., 44, 2, 299.

61 La réquisition de mise aux enchères a un caractère mixte, dont il faut tenir compte pour résoudre les questions de capacité auxquelles elle peut donner lieu.

62 Art. 215 et 217. Toullier, XIII, 197. Troplong, IV, 954. Duranton, XX, 403. Demolombe, IV, 133. Pont, n° 1344. Zachariæ, § 294, note 22. Civ. rej., 14 juin 1824, Sir., 24, 1, 321. Grenoble, 30 août 1850, Sir., 51, 2, 625. Cpr. cep. Bruxelles, 20 avril 1811, Sir., 13, 2, 42. — Mais la femme séparée de biens, et par cela même virtuellement autorisée, par le jugement qui a prononcé la séparation, à la poursuite de ses droits, n'aurait pas besoin d'une nouvelle autorisation de son mari pour requérir la mise aux enchères d'immeubles vendus par ce dernier. Troplong, IV, 932. Demolombe, IV, 292. Orléans, 24 mars 1831, Sir., 32, 2, 455. Bourges, 25 février 1840, Sir., 43, 1, 465. Civ. cass., 29 mars 1853, Sir., 53, 1, 442. Voy. en sens contraire : Grenoble, 30 août 1850, Sir., 51, 2, 625. Cpr. § 472, texte n° 8.

l'art. 2185[63]. Seulement devrait-on admettre de sa part, le refus de procéder sur l'assignation à lui donnée pour la réception de la caution, tant que l'autorisation ne serait pas rapportée, et même la demande tendant à ce que, faute par la femme de produire cette autorisation dans un délai à fixer par le tribunal, la réquisition de mise aux enchères fût définitivement rejetée[64].

Les mêmes solutions s'appliquent à la surenchère formée par un mineur émancipé ou par un individu soumis à un conseil judiciaire, sans l'assistance de son curateur ou de son conseil[65].

Elles s'appliquent également au tuteur, en ce sens qu'il ne peut faire, au nom de son pupille, une surenchère définitivement valable qu'avec l'autorisation du conseil de famille[66] ; et que la réquisition de mise aux enchères qu'il aurait faite sans cette formalité, pourra être ultérieurement régularisée par la production de l'autorisation de ce conseil[67].

Sous le régime dotal, le mari a qualité, et a seul qualité, pour former une réquisition de mise aux enchères à raison d'une créance hypothécaire, dotale[68]. Au contraire, sous le régime de communauté, cette réquisition, en ce qui concerne les créances hypothécaires restées propres à la femme, ne peut être faite que par cette dernière elle-même, encore que la jouissance de la créance appartienne à la communauté[69].

d. La réquisition de mise aux enchères est soumise aux règles suivantes :

α. Elle doit avoir lieu dans les quarante jours de la notification

[63] Demolombe, IV. Pont, n° 1344. Grenoble, 11 juin 1825, Sir., 26, 2, 226. Civ. rej., 11 juin 1843, Sir., 43, 1, 465. Voy. en sens contraire : Duranlon, XX, 403 ; Troplong, IV, 965 ; Grenoble, 30 août 1850, Sir., 51, 2, 625.

[64] Cpr. § 472, texte n° 11 ; Pont, *loc. cit.*

[65] Nous supposons, bien entendu, que le mineur émancipé, ou l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, persistant dans sa réquisition, continue à procéder d'accord avec son curateur ou son conseil.

[66] Grenier, II, 459. Troplong, IV, 955. De Fréminville, *De la minorité*, I, 348. Voy. en sens contraire : Pont, n° 1343 ; Rouen, 6 janvier 1846, et Bourges, 2 avril 1552, Sir., 53, 2, 385 ; Riom, 6 décembre 1865, Sir., 66, 2, 325.

[67] Voy. § 114, texte et notes 10 à 12. — Cpr. aussi, quant aux surenchères formées par des communes ou par des établissements publics, soumis à la tutelle administrative : Bruxelles, 20 avril 1811, Sir., 13, 2, 42.

[68] Voy. § 535, texte n° 1.

[69] Req. rej., 16 décembre 1840, Sir., 41, 1, 11.

faite par le tiers détenteur. Art. 2185, n° 1. Ce délai court, pour chaque créancier individuellement, à partir de la notification qui lui a été adressée, et ne se trouverait pas prorogé à raison de la circonstance que d'autres créanciers n'auraient reçu que plus tard cette notification[70].

Ce délai s'augmente d'un jour par 5 myriamètres de distance entre le domicile élu et le domicile réel du créancier requérant[71]. Les fractions de moins de 4 myriamètres ne se comptent pas; celles de 4 myriamètres et au-dessus comptent pour un jour[72]. Le jour *a quo* reste en dehors de la supputation du délai[73]; mais le jour *ad quem* en est le dernier jour utile, à moins qu'il ne tombe sur un jour férié, auquel cas le délai n'expire que le lendemain[74].

Ce délai court d'ailleurs contre toute personne indistinctement, même contre les mineurs et les interdits[75].

β. La réquisition de mise aux enchères doit contenir soumission, de la part du requérant, de porter ou de faire porter l'immeuble à un dixième en sus du prix indiqué par l'acquéreur et des charges qui en font partie[76]. Art. 2185, n° 2.

[70] Troplong, IV, 933. Petit, *op. cit.*, p. 365. Pont, n° 1354. Zachariæ, § 294, note 23. Paris, 27 mars 1811, Sir., 11, 2, 164. Req. rej., 10 mai 1853, Sir., 53, 1, 702.

[71] L'art. 2185 du Code Napoléon accordait une augmentation de deux jours pour 5 myriamètres. Mais il a été modifié, sous ce rapport, par l'art. 4, al. 2 et 3, de la loi du 3 mai 1862. — Y a-t-il lieu à une augmentation quelconque de délai en faveur des créanciers domicilés en pays étranger? Voy. pour la négative : Civ. rej., 26 novembre 1828, Sir., 29, 1, 18.

[72] La question de savoir si les fractions de 5 myriamètres devaient donner lieu à une augmentation du délai, était autrefois controversée. Mais cette question a été tranchée, dans le sens indiqué au texte, par l'art. 4, al. 5, de la loi du 3 mai 1862.

[73] *Dies a quo non computatur in termino.* Voy. § 49, texte et note 15. Chauveau sur Carré, n°s 2313 et 2459. Petit, *op. cit.*, p. 369. Paris, 18 juillet 1819, Sir., 21, 2, 69.

[74] Loi du 3 mai 1862, art. 4, al. 6.

[75] Voy. § 771, texte n° 3. Chauveau sur Carré, n° 2497 *bis*. Cpr. Grenoble, 27 décembre 1821, Sir., 22, 2, 364.

[76] Quoique le n° 2 de l'art. 2185 ne parle que du *prix*, il est évident que cette expression comprend virtuellement les charges qui en font partie. Troplong, IV, 935. Persil, *Commentaire de la loi du 2 juin 1841*, n° 435. Zachariæ, § 274, texte et note 24. — Voy. sur ce qu'il faut entendre par *les charges faisant partie du prix:* texte n° 1 et notes 16 à 22 *supra*; Rennes, 19 février 1864, Sir., 64, 2, 160.

γ. L'acte de réquisition doit également contenir l'offre de donner caution jusqu'à concurrence du prix et des charges, ainsi que du dixième en sus[77], avec indication nominative de la personne présentée comme caution[78]. Art. 2185, n° 5. Code de procéd., art. 832, al. 2. Rien ne s'oppose du reste à ce que le requérant présente comme cautions plusieurs personnes[79].

La caution doit réunir les conditions de capacité, de solvabilité, et de domicile, exigées par l'art. 2018. Art. 2040, al. 1. Ainsi, elle doit avoir son domicile général dans le ressort de la Cour impériale où elle est fournie[80]. Ainsi encore, sa solvabilité s'apprécie conformément à l'art. 2019, c'est-à-dire d'après la valeur libre de ses propriétés immobilières[81]. Toutefois, elle peut s'établir au moyen d'un dépôt d'inscriptions de rentes sur l'État[82].

[77] C'est évidemment à tort que la Cour de Rennes a jugé, par arrêt du 29 mai 1812 (Sir., 15, 2, 104), que l'obligation de fournir caution ne s'étend pas au dixième en sus. Delvincourt, III, p. 369. Chauveau sur Carré, n° 2480. Troplong, IV, 947. Pont, n° 1372. Petit, *op. cit.*, p. 504. Zachariæ, § 294, texte et note 29. Civ. cass., 18 mai 1820, Sir., 20, 1, 358.

[78] Les difficultés qui s'étaient élevées sur ce point, ont été résolues, dans le sens indiqué au texte, par la loi du 2 juin 1841, modificative du Code de procédure.

[79] Persil, sur l'art. 2185, n° 18. Zachariæ, § 294, texte et note 28. Paris, 3 août 1812, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV. Req. rej., 4 avril 1826, Sir., 26, 1, 353. Toulouse, 2 août 1827, Sir., 28, 2, 108. Bordeaux, 20 août 1831, Dalloz, 1833, 2, 80. Voy. cep. Grenier, II, 448.

[80] Il ne suffirait pas que la caution, domiciliée hors de ce ressort, y eût fait élection de domicile. Petit, *op. cit.*, p. 530. Pont, n° 1374. Riom, 9 avril 1810, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 249. Amiens, 10 janvier 1840, Sir., 41, 2, 550. Civ. cass., 22 février 1853, Sir., 53, 1, 275. Orléans, 5 août 1853, Sir., 53, 2, 503. Voy. cep. Angers, 14 mai 1819, Sir., 23, 1, 2.

[81] Cpr. sur ce point : Req. rej., 4 février 1816, Dalloz, *Rép.*, v° Surenchère, n° 137 ; Rennes, 9 mai 1818, Sir., 20, 1, 358 ; Rouen, 2 mai 1828, Sir., 30, 2, 75 ; Bourges, 27 novembre 1830, Sir., 31, 2, 218 ; Montpellier, 18 août 1831, Sir,, 32, 2, 157 ; Paris, 20 mars 1833, Sir., 33, 2, 260 ; Paris, 11 décembre 1834, Sir., 35, 2, 14 ; Paris, 20 mars 1835, Sir., 35, 2, 260 ; Req. rej., 14 mars 1838, Sir., 38, 1, 416 ; Bourges, 6 août 1845, Sir., 47, 2, 159.

[82] Arg. *a fortiori* art. 832, al. 3, du Code de procédure. Zachariæ, § 294, note 27. Amiens, 27 mai 1826, Sir., 27, 2, 238. Civ. rej., 3 avril 1832, Sir., 32, 1, 444. Paris, 12 décembre 1832, Sir., 33, 2, 129. Req. rej., 18 janvier 1834, Sir., 34, 1, 8. Bourges, 17 mars 1852, Sir., 53, 2, 385. Chambéry, 25 novembre 1863, Sir., 64, 2, 142.

Le requérant qui reconnaîtrait l'insuffisance de la caution par lui offerte, ou qui craindrait de voir contester sa solvabilité, serait admis, même après le délai de quarante jours, à la remplacer, ou à offrir une caution supplémentaire, pourvu qu'il le fît avant le jugement qui doit statuer sur la réception de la caution, et de manière à ne pas retarder ce jugement[83]. A plus forte raison n'est-il pas indispensable que toutes les pièces destinées à constater la solvabilité de la caution, soient fournies au moment de sa présentation; la production peut être complétée, par le dépôt de pièces nouvelles, jusqu'au jugement à intervenir pour la réception de la caution[84].

Le requérant peut se dispenser de fournir caution, en déposant à la Caisse des consignations un nantissement en espèces ou en rentes sur l'État, soit nominatives, soit au porteur[85]. Art. 2041. Code de procéd., art. 832, al. 3. Il peut aussi, tant que les choses sont encore entières, parfaire, au moyen d'une pareille consignation, l'insuffisance de la caution qu'il aurait présentée[86]. Mais la caution

83 Il est vrai que l'art. 2185 exige, à peine de nullité, l'offre d'une caution, et que l'art. 832 du Code de procédure dispose que la surenchère sera déclarée nulle, si la caution est rejetée. Mais, comme ni l'un ni l'autre de ces articles n'indique le moment auquel il faut se reporter pour examiner la solvabilité de la caution, rien ne n'oppose à ce que le juge apprécie les garanties fournies par le surenchérisseur d'après l'état des choses au moment où il est appelé à statuer sur cette question. Req. rej., 6 novembre 1843, Sir., 43, 1, 867. Rouen, 2 décembre 1844, Sir., 45, 2, 335. Douai, 20 mars 1851, Sir., 51, 2, 481. Voy. aussi les arrêts cités à la note 86 *infra*. Cpr. Civ. cass., 29 février 1820, Sir., 20, 1, 260; Civ. cass., 20 mai 1822, Sir., 23, 1, 2; Civ. cass., 27 mai 1823, Sir., 23, 1, 285; Riom, 29 mars 1838, Sir., 38, 2, 224. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 942 et 945; Chauveau sur Carré, n° 2486; Zachariæ, § 294, note 26; Bordeaux, 20 août 1816, Sir., 17, 2, 202; Amiens, 10 janvier 1840, Sir., 41, 2, 550. Cpr. aussi : Rouen, 23 mars 1820, Sir., 20, 2, 199.

84 Paris, 2 juillet 1830, Sir., 30, 2, 349. Civ. cass., 31 mai 1831, Sir., 31, 1, 412. Paris, 6 août 1832, Sir., 32, 2, 543. Limoges, 11 juillet 1833, Sir., 33, 2, 654. Bordeaux, 7 avril 1834, Sir., 34, 2, 358. Paris, 6 avril 1835, Sir., 35, 2, 423. Limoges, 18 mars 1854, Sir., 54, 2, 521.

85 Bordeaux, 22 juin 1863, Sir., 64, 2, 143. Req. rej., 4 janvier 1865, Sir., 65, 1, 179.

86 Bourges, 2 avril 1852, Sir., 53, 2, 385. Rouen, 3 mars 1852, Sir., 53, 2, 423. — Il faut que la consignation ait été réalisée : une simple offre de consigner serait insuffisante. Rouen, 23 mars 1820, Sir., 20, 2, 199. Req. rej., 15 novembre 1821, Sir., 23, 1, 128..

ne saurait être, ni remplacée, ni complétée par l'offre d'une hypothèque, même sur des biens libres[87].

Par exception à la règle générale, l'État n'est pas soumis à l'obligation de fournir caution. Loi du 21 février 1827.

δ. La réquisition de mise aux enchères doit être signifiée, tant à l'acquéreur, qu'au propriétaire, débiteur principal[88]. Art. 2185, n°s 1 et 3.

Si l'immeuble avait été vendu ou acquis, conjointement ou solidairement, par plusieurs personnes, la signification devrait être faite à chacune d'elles individuellement[89], et ce par copies séparées[90].

La signification de la réquisition doit être faite, pour l'acquéreur, au domicile de l'avoué par lui constitué dans sa notification à fins de purge[91], et pour le précédent propriétaire, à sa personne ou à son domicile général.

La réquisition de mise aux enchères doit être signifiée par un huissier régulièrement commis[92], avec assignation à trois jours[93],

87 Cpr. § 425, texte *in fine*. Zachariæ, § 294, note 27. Bourges, 15 juillet 1826, Sir., 27, 2, 61. Paris, 26 février 1829, Sir., 29, 2, 121. Paris, 5 mars 1831, Sir., 31, 2, 268. Paris, 11 mars 1844, Sir., 45, 2, 19. Req. rej., 16 juillet 1845, Sir., 45, 1, 817. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2185, n° 22 ; Rouen, 4 juillet 1828, Sir., 29, 2, 217.

88 En se servant de ces expressions, le n° 3 de l'art. 2185 suppose que les deux qualités de précédent propriétaire et de débiteur principal se trouvent réunies dans la même personne. Mais *quid juris* s'il en était autrement, et que le précédent propriétaire ne fût lui-même qu'un tiers détenteur? Il semble que dans ce cas, la signification devrait être faite tout à la fois au précédent propriétaire et au débiteur principal, l'un et l'autre étant également intéressés à contester ou à arrêter la surenchère.

89 Grenier, II, 450. Persil, *Commentaire de la loi du 2 juin 1841*, n° 433. Zachariæ, § 294, note 25. Civ. cass., 12 mars 1810, Sir., 10, 1, 208. Chamb. réun. cass., 4 août 1813, Sir., 13, 1, 443.

90 Il en serait ainsi pour les acquéreurs, dans le cas même où ils auraient fait notifier leur contrat par un seul et même acte, et constitué le même avoué. Rennes, 6 août 1859, Sir., 52, 2, 285.

91 Code de proc., art. 832, al. 2. La signification ne pourrait être valablement faite au domicile général de l'acquéreur. Paris, 6 mai 1844, Dalloz, *Rép.*, v° Surenchère, n° 101. Trib. de Caen, 30 décembre 1844, Sir., 45, 2, 334.

92 La réquisition de mise aux enchères serait nulle, si elle avait été signifiée par un huissier commis par un président autre que celui qui se trouve désigné dans l'art. 832, al. 1, du Code de procéd. Art. 838, même Code. Chauveau sur Carré, n° 2461. Petit, *Des surenchères*, p. 410.

93 Cpr. cep. Req. rej., 30 mai 1820, Sir., 20, 1, 882; Besançon, 4 mars 1853, Sir., 54, 2, 26; Req. rej., 16 novembre 1853, Sir., 54, 1, 768.

pour la réception de la caution, devant le tribunal où la surenchère sera portée. Il doit en même temps être donné copie de l'acte de soumission de la caution et des titres destinés à justifier de sa solvabilité, ou, le cas échéant, de l'acte constatant la réalisation du nantissement fourni en remplacement de caution. Code de procédure, art. 832, al. 1, 2 et 3.

Enfin, l'original et les copies de l'acte contenant réquisition de mise aux enchères, doivent être signés par le créancier surenchérisseur ou par son fondé de procuration expresse, lequel est tenu de donner copie de sa procuration. Art. 2185, n° 4.

e. Toutes les règles qui viennent d'être posées sous la lettre *d*, sont prescrites à peine de nullité. Art. 2185, al. 7. Code de procédure, art. 838, al. 3.

La nullité, résultant de l'inobservation de l'une ou de l'autre de ces règles, peut être proposée par toute personne intéressée à la faire valoir. Il en est ainsi, même des simples nullités de forme, commises dans les significations faites, soit à l'acquéreur, soit au vendeur, de telle sorte que l'acquéreur est admis à se prévaloir de la nullité commise dans une signification faite au vendeur, et réciproquement[94].

Toutes les nullités concernant la déclaration de surenchère et l'assignation doivent, à peine de déchéance, être proposées avant le jugement relatif à la réception de la caution. Code de procédure, art. 833, al. 4.

Le créancier dont la surenchère a été annulée, et, à plus forte raison, les autres créanciers sont admis à requérir de nouveau la mise aux enchères, pourvu qu'ils se trouvent encore dans le délai fixé par l'art. 2185[95].

[94] En effet, toutes les formalités prescrites pour la réquisition de mise aux enchères sont substantielles, et forment un tout indivisible. Chauveau sur Carré, n° 2489. Zachariæ, § 294, note 25, *in fine*. Bourges, 13 août 1829, Sir., 30, 2, 201. Orléans, 15 janvier 1833, Sir., 33, 2, 570. Bordeaux, 31 mars 1841, Dalloz, *Rép.*, v° Surenchère, n° 222. Bordeaux, 10 mai 1842, Sir., 42, 2, 413. Civ. rej., 13 mars 1865, Sir., 65, 1, 233. Voy. en sens contraire : Paris, 6 août 1832, Sir., 32, 2, 543 ; Paris, 20 mars 1833, Sir., 33, 2, 260. Cpr. aussi : Req. rej., 9 août 1820, Sir., 21, 1, 379.

[95] Merlin, *Rép.*, v° Surenchère, n° 7. Grenier, II, 451. Troplong, IV, 950. Zachariæ, § 294, texte et note 33. Cpr. Req. rej., 8 mars 1809, Sir., 9, 1, 328 ; Civ. rej., 22 juillet 1828, Sir., 28, 1, 291 ; Bordeaux, 3 mai 1867, Sir., 67, 2, 279.

f. La réquisition de mise aux enchères, faite valablement par l'un des créanciers, devient commune aux autres. Il en résulte que le tiers acquéreur ne peut, contre le gré des créanciers, arrêter les effets de la surenchère en désintéressant le surenchérisseur[96], et que ce dernier est même admis à donner suite à sa réquisition, encore qu'il ait été payé de sa créance[97]. Il en résulte également que le surenchérisseur ne peut, par son désistement, même accompagné de l'offre de payer le montant de sa soumission, empêcher l'adjudication de l'immeuble, si ce n'est du consentement de tous les créanciers inscrits. Art. 2190. Mais il n'a pas besoin, pour se désister, du consentement du tiers acquéreur, qui n'a pas d'intérêt légitime à contester ce désistement[98].

3° *Des conséquences du défaut de surenchère valable.*

Lorsque les créanciers laissent écouler le délai fixé par l'art. 2185, sans requérir la mise aux enchères de l'immeuble dont la purge est poursuivie, ou que la réquisition de mise aux enchères vient à être annulée, la valeur de cet immeuble reste définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat ou à la somme déclarée par l'acquéreur. Le paiement de cette valeur fait, avec les intérêts en dus, aux créanciers en ordre de la recevoir, ou sa consignation opérée conformément à l'al. 5 de l'art. 777 du Code de procédure, affranchit l'immeuble de tous les priviléges et hypothèques dont il était grevé du chef des précédents propriétaires, à supposer, bien entendu, que les titres des acquéreurs successifs aient été transcrits[99]. Art. 2186[100].

96 Zachariæ, § 294, note 42. Grenoble, 11 juin 1825, Sir., 26, 2, 226. Paris, 18 juin 1826, Sir., 28, 2, 21. — Mais il pourrait empêcher la mise en adjudication de l'immeuble, en offrant de désintéresser tous les créanciers inscrits. Voy. texte n° 4 et note 104 *infra*.

97 Rouen, 23 mars 1820, Sir., 20, 2, 199. Grenoble, 11 juin 1825, Sir., 26, 2, 226. Civ. cass., 31 mai 1831, Sir., 31, 1, 412. Limoges, 11 juillet 1833, Sir., 33, 2, 654. Voy. aussi : Req. rej., 18 janvier 1860, Sir., 60, 1, 225.

98 Zachariæ, § 294, note 43. Agen, 17 août 1816, Sir., 17, 2, 88. Req. rej., 14 avril 1855, Sir., 57, 1, 137.

99 Dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire si le titre de l'un des acquéreurs successifs n'avait pas été soumis à la formalité de la transcription, les hypothèques procédant de son chef continueraient de subsister, sauf l'application de la prescription établie par l'art. 2180. Cpr. § 209, texte, lett. C, n° 2, et notes 99 à 103.

100 Bien que, ni cet article, ni l'art. 777 du Code de procédure, n'imposent à

Toutefois, le défaut de surenchère valable ne prive pas les créanciers hypothécaires du droit d'attaquer, pour cause de fraude ou de simulation, le titre d'acquisition du tiers détenteur [101].

D'un autre côté, ces créanciers sont, malgré l'absence de toute surenchère, recevables à établir qu'une portion du prix a été dissimulée, et à demander que cette portion soit répartie entre eux, de préférence aux créanciers simplement chirographaires [102].

4° *Des suites d'une réquisition valable de mise aux enchères.*

Lorsque l'un des créanciers a valablement requis la mise aux enchères de l'immeuble, la revente peut en être poursuivie, soit par le surenchérisseur, soit par le tiers détenteur lui-même, soit par tout créancier qui se serait fait subroger à la poursuite, conformément à l'art. 833 du Code de procédure.

La réquisition de mise aux enchères n'a pas pour effet immédiat de dépouiller le tiers détenteur de la propriété de l'immeuble qui en forme l'objet. Cette propriété continue de résider sur sa tête jusqu'au jugement d'adjudication [103].

On doit en conclure, d'une part, que le tiers détenteur peut arrêter la poursuite et empêcher la revente aux enchères, en payant ou en consignant le montant de toutes les créances inscrites, avec

l'acquéreur l'obligation de consigner, il pourrait cependant, après l'expiration des délais de surenchère, y être contraint à la demande des créanciers inscrits, envers lesquels il s'est engagé de payer son prix comptant. Grenier, II, 463. Troplon, IV, 958 *ter*. Chauveau, *Lois de la procédure*, quest. 2619 *bis*. Caen, 29 avril 1864, Sir., 65, 2, 73.

101 Troplong, IV, 957. Bruxelles, 18 décembre 1810, Sir., 12, 2, 139. Limoges, 11 juin 1812, Sir., 15, 2, 111. Req. rej., 14 février 1826, Sir., 26, 2, 342. Bourges, 24 janvier 1828, Sir., 29, 2, 335. Req. rej., 19 août 1828, Sir., 28, 1, 425. Req. rej., 2 août 1836, Sir., 36, 1, 657. Riom, 15 janvier 1839, Sir., 39, 2, 481. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 294, note 35; Paris, 21 nivôse an XIII, Sir., 7, 2, 971; Douai, 28 avril 1814, Sir., 19, 2, 226; Bourges, 25 mai 1827, Sir., 29, 1, 199.

102 Troplong, IV, *loc. cit.* Poitiers, 24 juin 1831, Sir., 31, 2, 384. Bordeaux, 28 mai 1832, Sir., 32, 2, 626. Paris, 8 février 1836, Sir., 36, 2, 258. Civ. rej., 20 avril 1839, Sir., 39, 1, 435. Cpr. Civ. cass., 21 juillet 1857, Sir., 58, 1, 103.

103 Delvincourt, III, p. 372, note 5. Zachariæ, § 294, texte et note 40. Voy. aussi les autorités citées aux trois notes suivantes.

les frais de la surenchère[104] ; d'autre part, que la perte de l'immeuble ou les détériorations qu'il viendrait à subir, dans l'intervalle de la surenchère à la revente, restent à la charge du tiers détenteur[105], et autorisent le créancier surenchérisseur à rétracter ou à restreindre ses offres[106].

La revente par suite de surenchère se fait dans les formes déterminées par les art. 836 à 838 du Code de procédure, et par les dispositions du titre *de la saisie immobilière*, auxquelles ces articles renvoient. Le prix offert par le créancier surenchérisseur sert de première mise aux enchères. Art. 2187.

Lorsque le tiers acquéreur se rend lui-même adjudicataire, son droit de propriété doit être considéré comme dérivant de son contrat d'acquisition, que le jugement d'adjudication sur surenchère n'a fait que confirmer. Il en résulte que ce jugement n'est pas soumis à la formalité de la transcription[107]. Art. 2189.

Le tiers acquéreur, qui est resté propriétaire par suite de l'adjudication de l'immeuble mis aux enchères, a son recours contre le vendeur pour le remboursement de toutes les sommes que, par suite de la surenchère, il a été obligé de débourser au delà du prix stipulé dans son contrat, ainsi que pour les intérêts de cet excédant, à compter des époques respectives des paiements. Art. 2191. Pour se couvrir de ce qui peut lui être dû à ce sujet, il est autorisé à retenir, à l'exclusion des créanciers chirographaires du précédent propriétaire, la somme qui resterait disponible entre ses mains après paiement de tous les créanciers hypothécaires[108].

Lorsque, par suite de la surenchère, l'immeuble est adjugé, soit au surenchérisseur, soit à un tiers, le jugement d'adjudication opère, non une véritable résolution *ex tunc* du contrat d'acquisition du tiers détenteur, mais une éviction d'une nature particu-

104 Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 5, n° 11. Battur, IV, 577. Chauveau sur Carré, n° 2837. Grenier, II, 464. Troplong, IV, 956. Zachariæ, § 294, texte et note 41. Civ. rej., 3 février 1808, Sir., 8, 1, 129. Cpr. Orléans, 26 janvier 1843, Dalloz, *Rép.*, v° Surenchère, n° 264.

105 Civ. cass., 12 février 1828, Sir., 28, 1, 147. Bordeaux, 21 juillet 1830, Sir., 30, 2, 376.

106 Merlin, *Rép.*, v° Enchère, § 1, n° 3. Grenier, II, 465. Troplong, IV, 949. Martou, IV, 1551. Pont, n° 1386.

107 Cpr. § 209, texte, lett. *A*, n° 2, et note 41.

108 Grenier, II, 469. Troplong, IV, 968. Martou, IV, 1562. Pont, n° 1395. Bordeaux, 27 février 1829, Sir., 29, 2, 325.

lière, analogue à celle qui, à défaut de purge, serait résultée de l'expropriation poursuivie contre ce dernier ou contre le curateur au délaissement[109].

De là découlent les conséquences suivantes :

a. La somme restée disponible sur le prix d'adjudication, après paiement des créanciers inscrits sur les précédents propriétaires, appartient au tiers détenteur évincé, à l'exclusion des créanciers chirographaires de son auteur[110].

[109] Il n'existe aucune différence rationnelle entre le cas où le tiers détenteur se trouve dépossédé par l'effet d'une surenchère, et celui ou il est dépouillé de sa propriété par une expropriation dirigée contre lui-même ou contre le curateur au délaissement. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'éviction qu'il subit est toujours le résultat du droit hypothécaire, et ne procède pas d'une cause inhérente au contrat par lequel il est devenu propriétaire de l'immeuble hypothéqué. On dit, il est vrai, que lorsque les créanciers procèdent par voie d'expropriation, ils reconnaissent par cela même la propriété du tiers détenteur, et ne s'attaquent point à son titre d'acquisition, tandis qu'à l'inverse la réquisition de mise aux enchères est une protestation contre ce titre, qu'elle doit avoir pour résultat d'anéantir, en y substituant un nouveau contrat, qui fera passer, sans intermédiaire, la propriété des mains du débiteur entre celles de l'adjudicataire. Cette dernière proposition n'est, à notre avis, qu'une pétition de principe, qui repose sur des idées inexactes en Droit. En exerçant la surenchère, les créanciers ne contestent nullement la transmission de propriété qui s'est opérée par le titre d'acquisition du tiers détenteur ; ils refusent simplement de dégager ce dernier, au prix par lui offert, de l'obligation réelle à laquelle il se trouve soumis, et reprennent, sous la condition de porter le prix à un dixième en sus, le droit de faire vendre l'immeuble sur lui, comme ils auraient pu le faire s'il n'avait pas purgé. Tout le monde reconnaissant que le tiers détenteur reste propriétaire de l'immeuble par lui acquis jusqu'au jugement d'adjudication, c'est-à-dire jusqu'au moment où la propriété de cet immeuble passe sur la tête de l'adjudicataire, il est impossible de concevoir un seul instant de raison pendant lequel la prétendue résolution du titre d'acquisition du tiers détenteur, aurait fait revivre la propriété dans la personne du précédent propriétaire. Et c'est cependant ce qui serait absolument indispensable, pour que ce titre se trouvât véritablement résolu dans le sens de l'art. 1183. Cette argumentation se complète et se corrobore par les observations qui seront présentées aux deux notes suivantes. Voy. en ce sens : Vernet, *Revue pratique*, 1865, XX, p. 126.

[110] Grenier, II, 469. Troplong, IV, 971. Rodière, *Revue de législation*, 1835, II, p. 77. Chauveau sur Carré, quest. 2500, 9°. Flandin, *De la transcription*, I, 575. Zachariæ, § 294, texte et note 47. Colmar, 7 mai 1821 et 22 novembre 1831, Dalloz, *Rép.*, v^is^ Priviléges et Hypothèques, n° 1753. Cpr. Mourlon, *Revue pratique*, 1858, IV, p. 373 et suiv., n° 85. Voy. en sens contraire : Martou, IV, 1562 ; Bordeaux, 27 février 1829, Sir., 29, 2, 325 ; Req.

b. Les hypothèques procédant du chef du tiers acquéreur surenchéri, continuent de subsister, en ce qu'elles donnent aux créanciers auxquels elles appartiennent, le droit de se faire colloquer à leur rang hypothécaire, après paiement des créanciers inscrits sur les précédents propriétaires[111].

rej., 12 novembre 1834, Sir, 35, 1, 811; Civ. cass., 28 mars 1843, Sir., 43, 1, 297; Rennes, 9 décembre 1861, Sir., 62, 2, 220; Req. rej., 15 décembre 1862, Sir., 63, 1, 57; Montpellier, 21 novembre 1864, Sir., 65, 2, 30. Ces arrêts, tout en reconnaissant que le tiers détenteur peut, même abstraction faite des frais qui doivent aux termes de l'art. 2188 lui être remboursés par l'adjudicataire, avoir un recours en garantie à exercer contre son vendeur, décident qu'il ne jouit pour ce recours d'aucune préférence, et que d'un autre côté il ne peut réclamer, à titre de propriétaire, la portion du prix qui reste disponible après paiement des créanciers inscrits. Mais ce système nous paraît inconséquent en soi et même contradictoire. Si la vente passée au profit du tiers détenteur devait être considérée comme résolue, même au regard du vendeur, à quel titre ce dernier pourrait-il être soumis à un recours en garantie, ayant pour objet la réparation du préjudice causé au tiers détenteur par sa dépossession? D'autre part, la surenchère n'étant admise que dans l'intérêt des créanciers hypothécaires, il serait contraire au but de son institution de faire profiter, de l'excédant de prix résultant de la revente, des créanciers simplement chirographaires, qui n'avaient plus aucun droit à exercer sur l'immeuble régulièrement vendu par leur débiteur. Nous ajouterons qu'il y aurait une bizarrerie inexplicable à refuser au tiers détenteur, qui, en offrant son prix aux créanciers inscrits, a usé du moyen que la loi lui donnait pour éviter l'éviction dont il était menacé, un avantage, qu'on n'hésite pas à accorder au tiers détenteur qui a délaissé l'immeuble ou s'est laissé exproprier, sans rien faire pour éviter cette éviction.

111 L'assimilation, établie à la note 109 *supra*, entre la position du tiers détenteur qui a délaissé l'immeuble hypothéqué, ou qui en a subi l'expropriation, et celle dans laquelle il se trouve placé après éviction par suite d'une surenchère, conduit naturellement à étendre à cette dernière situation, la disposition du second alinéa de l'art. 2177. Dans le système contraire, il dépendrait du tiers acquéreur, suivant qu'il lui conviendrait, soit de recourir à la purge, soit de se laisser exproprier, de faire évanouir ou de rendre inefficaces les hypothèques qu'il aurait consenties. Or, c'est là une conséquence d'autant moins acceptable qu'on ferait tourner contre les créanciers hypothécaires de ce dernier, l'exercice d'une faculté qui devait précisément avoir pour effet de consolider leurs droits. Cette observation prouve combien est peu fondé l'argument *a contrario* qu'on a voulu tirer du second alinéa de l'art. 2177. Si cette disposition n'a pas été répétée au chap. VIII, qui traite de la purge, on doit supposer, ou que la question a échappé à l'attention du législateur, ou qu'il a considéré la solution donnée pour les cas d'expropriation et de délaissement, comme devant, *a fortiori*, s'appliquer au cas de purge. Cette application est d'autant plus légitime qu'on est bien forcé

c. Le tiers acquéreur n'est pas tenu de la restitution des fruits qu'il a perçus depuis son entrée en jouissance jusqu'au jugement d'adjudication par lequel il a été dépossédé, sauf à tenir compte à qui de droit, des intérêts dont il peut être redevable en vertu de son contrat[112].

Le tiers acquéreur, dépossédé par l'effet du jugement d'adjudication sur surenchère, jouit contre son vendeur d'un recours en garantie, dont l'étendue et les effets se déterminent d'après les règles sur la garantie pour cause d'éviction[113], sauf en ce qui concerne la restitution des frais et loyaux coûts du contrat. Aux termes de l'art. 2188, l'adjudicataire est tenu personnellement, et en sus de son prix[114], de les rembourser au tiers acquéreur, avec les frais de transcription et de notification, ainsi qu'avec ceux que ce dernier aurait faits pour parvenir à la revente[115].

d'étendre à l'hypothèse où le tiers acquéreur se trouve évincé par l'effet d'une surenchère, la disposition du premier aliéna de l'art. 2177 et celle de l'art. 2178. Labbé, *Revue critique*, 1861, XIX, p. 297 et suiv., nos 34 à 35. Flandin, *op. cit.*, I, 572 à 575. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 470 ; Troplong, IV, 962.

112 Bordeaux, 13 mars 1863, Sir., 63, 2, 151. Cpr. Civ. rej., 19 avril 1865, Sir., 65, 1, 280. Le système qui considère l'adjudication sur surenchère prononcée au profit d'un tiers, comme la réalisation d'une condition résolutoire inhérente au titre de l'acquéreur originaire, conduirait logiquement, nous le reconnaissons, à une solution contraire à celle que nous avons adoptée. Dans ce système, l'acquéreur évincé ne devrait que la restitution des fruits ; mais la devrait tout entière, même au cas ou par extraordinaire la valeur des fruits dépasserait le montant des intérêts. Voy. en ce sens : Civ. cass., 10 avril 1848, Sir., 48, 1, 357 ; Agen, 21 janvier 1852, Sir., 52, 2, 618 ; Lyon, 27 décembre 1858, Sir., 59, 2, 441.

113 Arg. art. 2178 et 2191. Cpr. § 255. Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 6, n° 4. Grenier, *loc. cit.* Troplong, IV, 967. Martou, IV, 1562. Pont, n° 1396. Zachariæ, § 294, texte et note 48. Civ. cass., 11 mai 1808, Sir., 8, 1, 359. Voy. aussi en ce sens les arrêts cités à la note 110 *supra*.

114 Rouen, 10 février 1827, Sir., 27, 2, 170.

115 Zachariæ, § 294, note 48. C'est bien à tort qu'on a voulu tirer de l'art. 2188, un argument en faveur du système de résolution que nous avons combattu à la note 109 *supra*. Voy. Troplong, IV, 962. Si l'adjudicataire est tenu, en sus de son prix, de rembourser à l'acquéreur dépossédé les frais indiqués dans l'article précité, c'est que la surenchère supposant nécessairement une première transmission de propriété, les frais que cette transmission a occasionnés, sont à considérer comme inhérents au mode spécial d'acquisition sur surenchère. et doivent par conséquent rester à la charge de l'adjudicataire, en vertu même de l'art. 1593.

Le tiers acquéreur dépossédé a droit au remboursement de ses impenses, dans la mesure de la mieux-value qu'elles ont procurée à l'immeuble. Arg. art. 2175. Pour assurer ce remboursement, et pour éviter toute ultérieure difficulté, il peut faire ordonner, par le jugement qui doit statuer sur l'admission de la surenchère, que l'adjudicataire éventuel sera tenu de lui rembourser, en sus du prix d'adjudication, le montant de ses impenses, ou tout au moins provoquer à cet effet l'insertion d'une clause au cahier des charges[116]. S'il avait négligé cette précaution, il conserverait cependant le droit de répéter contre le surenchérisseur le montant de ces impenses, à supposer que celui-ci fût resté adjudicataire pour le montant de sa soumission. Que si les enchères avaient porté l'immeuble à un prix plus élevé, l'adjudicataire ne serait plus tenu, en sus de son prix, de rembourser la mieux-value résultant des impenses dont s'agit. Mais il semble que le tiers détenteur pourrait demander à l'ordre le prélèvement de la somme représentant ses impenses, jusqu'à concurrence du moins de l'excédant du prix d'adjudication sur le montant de la soumission du surenchérisseur.

L'adjudicataire sur surenchère ne doit, sauf clause contraire insérée au cahier des charges, les intérêts de son prix, qu'à dater de l'adjudication prononcée à son profit, et ne peut être recherché par les créanciers hypothécaires à raison d'intérêts relatifs à une époque antérieure[117].

5° *Des règles spéciales à la purge et à la surenchère, dans les hypothèses prévues par l'art. 2192.*

Ces hypothèses sont les suivantes :

a. Le titre d'acquisition du tiers détenteur porte à la fois sur des meubles et sur des immeubles.

116 *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XVI, p. 292, n° 7). Persil, sur l'art. 2188, n° 3. Grenier, II, 471. Troplong, IV, 962. Paris, 10 mars 1808, Sir., 15, 2, 200. Paris, 7 et 11 juin 1834, Sir., 35, 2, 53 et 55. Bordeaux, 11 décembre 1843, Sir., 44, 2, 330. Cpr. Pont, n° 1397; Zachariæ, § 294, texte et note 48.

117 Riom, 19 janvier 1820, Sir., 20, 2, 158. Req. rej., 14 août 1833, Sir., 33, 1, 609. Paris, 3 août 1844, Sir., 45, 2, 563. Voy. cep. Paris, 1er juillet 1852, Sir., 52, 2, 350.

b. Il comprend des immeubles qui, faisant ou non partie d'une même exploitation, se trouvent situés dans des arrondissements différents.

c. Les immeubles qui forment l'objet du titre d'acquisition, quoique situés dans le même arrondissement, sont les uns hypothéqués, et les autres non grevés d'hypothèques.

d. Enfin ces immeubles, tous hypothéqués et situés dans le même arrondissement, sont frappés d'inscriptions particulières et séparées, prises, soit par des créanciers différents, soit par le même créancier pour des créances distinctes, ou même pour une créance unique, mais en vertu d'actes successifs de constitution d'hypothèque[118].

Dans toutes ces hypothèses, et à supposer que l'aliénation ait eu lieu pour un prix unique[119], le tiers détenteur doit, dans la notification à faire aux créanciers inscrits, établir la ventilation de ce prix, c'est-à-dire sa décomposition par rapport aux différents immeubles hypothéqués, compris dans son titre d'acquisition.

Cette ventilation, prescrite dans le double but de faciliter aux créanciers, l'exercice du droit de surenchérir, et de prévenir les contestations qui pourraient s'élever dans l'ordre sur la portion de prix afférente aux divers immeubles hypothéqués, doit avoir lieu d'une manière plus ou moins détaillée, suivant les circonstances.

C'est ainsi que, dans la première des hypothèses ci-dessus énoncées, il suffit d'indiquer *in globo* et sans nouvelle décomposition, la portion du prix afférente aux immeubles, dans la seconde, la portion du prix applicable aux immeubles situés dans l'arrondissement où se poursuit la surenchère, et dans la troisième, la portion du prix relative aux immeubles hypothéqués.

Au contraire, dans la quatrième hypothèse, qui se présente le plus fréquemment, et qui peut d'ailleurs se combiner avec les autres hypothèses précédemment rappelées, la notification doit indiquer le prix offert pour chaque immeuble frappé d'inscriptions particulières et séparées.

118 Martou, IV, 1566 et 1467 *bis*. Cpr. Orléans, 21 décembre 1832, Sir., 33, 2, 545.

119 Si l'acte d'acquisition, portant sur plusieurs immeubles, indiquait séparément le prix de chacun d'eux, cette indication devrait être reproduite dans la notification.

La ventilation prescrite par l'art. 2192 est exigée à peine de nullité[120]. Cette nullité peut être proposée par tous les créanciers hypothécaires, que leurs inscriptions soient spéciales ou générales[121]. Mais le vendeur n'est point recevable à la faire valoir[122].

Les créanciers hypothécaires sont admis à critiquer la ventilation du tiers détenteur. Le même droit appartient au vendeur[123].

Les créanciers à hypothèque spéciale ne sont point autorisés à faire porter leur surenchère sur des immeubles qui ne leur seraient pas affectés[124].

De son côté, le tiers acquéreur ne peut exiger que le créancier surenchérisseur étende sa soumission, soit sur le mobilier, soit sur des immeubles situés hors de l'arrondissement où se poursuit la surenchère, soit enfin sur des immeubles non hypothéqués à sa créance. Il ne peut pas même exiger que la soumission comprenne tous les immeubles qui, situés dans le même arrondissement, se trouvent hypothéqués au surenchérisseur. Ce dernier a le droit de restreindre sa surenchère à tels ou tels de ces immeubles[125]; et, à cet égard, il n'y a pas même de différence à faire entre les

[120] Delvincourt, III, p. 371. Grenier, II, 456. Troplong, IV, 984. Martou, IV, 1580. Zachariæ, § 294, texte et note 51. Civ. cass., 19 juin 1815, Sir., 15, 1, 214. Caen, 17 juin 1823, Sir., 25, 2, 323. Douai, 18 mai 1836, Sir., 37, 2, 328. Paris, 17 août 1859, Sir., 60, 2, 192.

[121] Lyon, 13 janvier 1836, Sir., 36, 2, 333. Paris, 17 août 1859, Sir., 60, 2, 192. Cpr. Caen, 17 juin 1823, Sir., 25, 2, 323; et les autorités citées à la note 126 *infra*.

[122] Toulouse, 12 août 1857, Sir., 60, 1, 337.

[123] Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 6, n° 5. Troplong, IV, 973. Martou, IV, 1574 et suiv. Pont, n° 1309.

[124] L'argument *a contrario* qu'on voudrait tirer du second alinéa de l'art. 2192 ne serait pas concluant. Pont, n° 1362. Martou, IV, 1570. — Le créancier, ayant hypothèque sur la part indivise qui appartenait à son débiteur dans un immeuble ultérièurement adjugé sur licitation à un étranger, pourrait-il étendre sa surenchère à la totalité de l'immeuble? Voy. pour l'affirmative: Pont, *loc. cit.*; Paris, 16 juillet 1834, Sir., 34, 2, 440; Besançon, 5 mai 1855, Sir., 56, 2, 45. Voy. en sens contraire : Petit, *Des surenchères*, p. 295; Martou, IV, 1571; Paris, 3 mars 1820, Dalloz, *Rép.*, v° Surenchère, n° 36. La première solution nous paraît préférable, par les motifs exprimés dans l'arrêt de la Cour de Besançon.

[125] Orléans, 21 décembre 1832, Sir., 33, 2, 545.

créanciers à hypothèque spéciale et ceux à hypothèque générale[126].

Le tiers acquéreur, dépossédé de partie seulement des objets par lui acquis, a contre son auteur, outre le recours ordinaire en garantie fondée sur l'éviction qu'il a subie, une action spéciale en indemnité, à raison du dommage qu'il éprouve par suite du morcellement de son acquisition, ou, le cas échéant, de la division des exploitations. Art. 2192, al. 2. Il pourrait même, dans le cas prévu par l'art. 1636, demander la résolution du contrat.

§ 295.

C. *De la purge des hypothèques légales dispensées d'inscription, et non inscrites.*

Les notions générales sur la purge de ces hypothèques ayant déjà été exposées à la fin du § 293 *bis*, nous nous bornerons à développer ici les formalités à remplir par le tiers acquéreur, et les conséquences attachées à leur accomplissement.

1° *Des formalités à remplir par le tiers acquéreur.* (Art. 2194.)

a. Le tiers acquéreur, doit, après avoir fait transcrire son titre[1], en déposer, au greffe du tribunal de première instance du lieu de la situation des immeubles qu'il veut purger, une copie dûment collationnée par l'officier public compétent[2], c'est-à-dire, soit par le notaire qui a reçu l'acte, soit par le greffier, lorsqu'il s'agit d'un jugement d'adjudication, soit enfin par les parties elles-mêmes, l'acquisition ne se trouve constatée que par un acte sous seing-privé. Dans cette dernière hypothèse, il serait cependant loisible au tiers acquéreur de déposer l'original même de son acte d'acquisition, ou une copie collationnée par le notaire auquel il aurait été déposé[3].

126 Chauveau sur Carré, n° 2499 *bis*. Petit, *op. cit.*, p. 440. Pont, n° 1361. Angers, 30 avril 1840, Sir., 40, 2, 396. Civ. rej., 21 novembre 1843, Sir., 44, 1, 60. Paris, 30 avril 1853, *Journ. du Pal.*, 1853, II, p. 174. Voy. en sens contraire : Martou, IV, 1572 ; Bourges, 5 mars 1841, Sir., 41, 2, 590.

1 Cpr. § 293 *bis*, texte *in fine*, notes 43 et 44.

2 Civ. rej., 14 juillet 1868, Sir., 68, 1, 384.

3 Suivant M. Duranton (XX, 416), le tiers acquéreur se trouverait dans la nécessité de recourir à ce dernier moyen. Mais ce serait, à notre avis, ajouter aux exigences de la loi que de lui imposer cette obligation.

Le dépôt de l'acte d'acquisition peut être fait, sans assistance d'avoué, par la partie elle-même ou par un fondé de pouvoir[4]. Il est constaté au moyen d'un acte dressé par le greffier.

b. Le tiers acquéreur doit faire notifier[5], tant à la femme[6] ou au subrogé-tuteur, qu'au procureur impérial, l'acte de dépôt dressé par le greffier.

Lorsque le tiers acquéreur connaît l'existence d'enfants mineurs ayant hypothèque légale sur les immeubles qu'il veut purger, et que ces mineurs ne sont point encore pourvus d'un subrogé-tuteur, il doit leur en faire nommer un, afin de pouvoir lui adresser la notification dont il vient d'être parlé[7].

Un avis du Conseil d'État des 9 mai - 1er juin 1807 a statué sur l'hypothèse où l'acquéreur peut supposer ou craindre que les immeubles par lui acquis ne soient grevés d'hypothèques légales du chef de mineurs ou de femmes mariées qu'il ne connaît pas[8]. Aux termes de cet avis, il est tout à la fois nécessaire et suffisant, pour la purge de ces hypothèques, que l'acquéreur déclare, dans la signification au procureur impérial, que les personnes du chef des-

[4] Zachariæ, § 295, note 5. Req. rej., 31 mars 1840, Sir., 40, 1, 306. Limoges, 9 avril 1845, Sir., 45, 2, 577.

[5] Cette notification, à la différence de celle dont il est question en l'art. 2183, n'a pas besoin d'être faite par un huissier commis à cet effet. Cpr. Code de procédure, art. 832. Grenier, II, 438. Troplong, IV, 978. Pont, n° 1409.

[6] La signification doit être faite à la femme elle-même, et non au mari. Troplong, IV, 978. Zachariæ, § 295, texte et note 6. Paris, 25 février 1819, Sir., 19, 2, 273. — Mais la signification faite à la femme, au domicile conjugal et en parlant au mari, est valable au cas même où la femme serait séparée de biens. Code de procéd., art. 68. Rouen, 15 février 1828, Sir., 28, 2, 152. Req. rej., 14 juillet 1830, Sir., 31, 1, 54. Cpr. cep. Troplong, IV, 978.

[7] L'avis du Conseil d'État des 9 mai - 1er juin 1807, dont il sera parlé dans la suite du texte, ne s'applique pas à l'hypothèse dont il est ici question. C'est ce qui ressort de l'ensemble de cet avis, comme de l'esprit qui en a dicté les dispositions. Pont, n° 1411. Besançon, 12 juillet 1837, Sir., 38, 2, 158. Rouen, 13 mars 1840, Sir., 40, 2, 258. Grenoble, 8 février 1842, Sir., 42, 2, 162. Limoges, 5 mai 1843, Sir., 43, 2, 510. Civ. cass., 8 mai 1844, Sir., 44, 1, 412. Nîmes, 26 mai 1857, Sir., 57, 2, 609. Voy. en sens contraire : De Fréminville, *De la minorité*, II, 1155 ; Grenoble, 20 août 1834, Sir., 36, 2, 390; Grenoble, 29 novembre 1837, Sir., 38, 2, 158.

[8] Cpr. Troplong, IV, 979; Duranton, XX, 418; Civ. cass., 24 janvier 1816, Sir., 17, 1, 146; Bordeaux, 13 août 1844, Sir., 45, 2, 377; Lyon, 19 novembre 1850, Sir., 51, 2, 484.

quelles il pourrait être pris inscription à raison d'hypothèques légales dispensées de cette formalité, ne lui étant pas connues, il fera publier, dans les formes prescrites par l'art. 696 du Code de procédure, la signification qui devait leur être adressée, et que de fait il effectue cette publication, ou que, à défaut de journaux dans le département, il obtienne du procureur impérial un certificat constatant qu'il n'en existe pas [9].

c. Un extrait de l'acte d'acquisition, dressé par le greffier, et contenant la date de cet acte, les noms, prénoms, professions et domiciles des contractants, la désignation de la nature et de la situation des biens, le prix et les autres charges de l'acquisition, doit rester affiché pendant deux mois dans l'auditoire du tribunal. L'accomplissement de cette formalité se constate au moyen d'un certificat délivré par le greffier.

2° *Des effets attachés à l'accomplissement des formalités qui viennent d'être indiquées.*

Ces formalités ont pour effet de faire cesser la dispense d'inscription, établie en faveur des hypothèques légales des mineurs, des interdits, ou des femmes mariées, et de soumettre les personnes auxquelles compètent de pareilles hypothèques ou leurs représentants, à la nécessité de les faire inscrire dans le délai de deux mois. Art. 2195.

Ce délai court, pour les personnes auxquelles des notifications individuelles ont été adressées, du jour de l'affiche, dans l'auditoire du tribunal, de l'extrait de l'acte d'acquisition, et pour celles qui ont dû être averties collectivement, dans l'hypothèse réglée par l'avis du Conseil d'État des 9 mai - 1er juin 1807, du jour de la publication faite conformément à l'art. 696 du Code de procédure, ou du jour de la délivrance du certificat du procureur impérial, portant qu'il n'existe pas de journal dans le département.

A défaut d'inscription dans le délai de deux mois, tel qu'il vient d'être déterminé, les immeubles dont la purge a été poursuivie, sont définitivement affranchis, dans l'intérêt de l'acquéreur, des hypothèques légales qui le grevaient. Art. 2195, al. 1.

Mais le défaut d'inscription dans le délai de deux mois ne prive pas les mineurs, les interdits, ou les femmes mariées, de leur droit de préférence sur le prix des immeubles vendus par le tuteur ou

[9] Cpr. Caen, 24 décembre 1842, Sir., 43, 2, 214.

par le mari[10], droit qu'ils sont admis à exercer sous les conditions et de la manière indiquées au n° 1er du § 283.

La perte du droit de suite, attachée au défaut d'inscription dans le délai de deux mois, subsiste même au cas où, par l'effet d'une surenchère, l'acquéreur qui a rempli les formalités de la purge, s'est trouvé évincé de son acquisition, de telle sorte que l'adjudicataire sur surenchère n'est pas tenu de procéder à une nouvelle purge des hypothèques légales[11].

Les mineurs, interdits, ou femmes mariées jouissent, comme tous autres créanciers hypothécaires, du droit de requérir la mise aux enchères des immeubles dont la purge est poursuivie, à supposer, bien entendu, que ces immeubles n'aient pas déjà formé l'objet d'une adjudication prononcée à la suite d'une première surenchère[12]. Mais, qu'ils aient pris ou non inscription[13], ils ne peuvent exercer le droit de requérir la mise aux enchères que dans le délai de deux mois, dont il a été précédemment question[14].

Lorsque des inscriptions ont été prises du chef de mineurs, d'in-

10 Cette proposition, que nous avions déjà émise dans nos premières éditions, contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation, a été formellement consacrée par la loi du 21 mai 1858 (Code de procédure, art. 772, al. 5). C'est par inadvertance que, dans la note 28 du § 269, nous avons supposé que la question pouvait encore être discutée.

11 Grenoble, 15 février 1823, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2, 175. Req. rej., 1er juin 1859, Sir., 61, 1, 223.

12 Cpr. § 293 *bis*, texte et notes 7 à 9.

13 Cpr. § 269, texte n° 2 et note 9.

14 La loi n'ayant pas fixé pour les créanciers à hypothèque légale, auxquels le tiers acquéreur n'a point à faire la notification prescrite par l'art. 2183 (§ 293 *bis*, texte *in fine*, et note 42), le délai dans lequel ils sont admis à requérir la mise aux enchères, on doit en conclure que ce délai se confond avec celui de deux mois qui leur est accordé pour prendre inscription. Tarrible, *Rép.*, v° Transcriptiou, § 5, n° 4. Delvincourt, III, p. 377. Persil, sur l'art. 2195, n° 6. Grenier, II, 457. Troplong, IV, 982. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Surenchère, n° 32. Taulier, VII, p. 421. Petit, *Des surenchères*, p. 381. Pont, n° 1419. Grenoble, 27 décembre 1821, Sir., 22, 2, 364. Metz, 14 juin 1837, Sir., 38, 2, 197. Paris, 16 décembre 1840, Sir., 41, 2, 88. Alger, 12 janvier 1854, Sir., 54, 2, 442. Paris, 29 novembre 1857, Sir., 58, 2, 93. Bordeaux, 1er janvier 1863, Sir., 64, 2, 142. Voy. en sens contraire : Duranton, XX, 423; Zachariæ, § 295, note 13; Caen, 28 août 1811 et 9 août 1813, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 563, et V, 2, 55; Caen, 12 avril 1826, Sir., 27, 2, 107; Orléans, 17 juillet 1829, Sir., 29, 2, 217.

terdits, ou de femmes mariées, le sort de leurs hypothèques légales se détermine d'après les distinctions suivantes :

Si ces hypothèques sont primées par des créanciers antérieurs, pour la totalité ou pour une portion du prix de l'immeuble dont la purge est poursuivie, l'acquéreur est libéré dans la mesure des paiements faits aux créanciers colloqués en ordre utile, et doit par conséquent obtenir la radiation intégrale, ou la réduction à due concurrence, des inscriptions prises du chef des mineurs, des interdits, ou des femmes mariées. Art. 2195, al. 2.

Au cas contraire, c'est-à-dire si les créanciers à hypothèque légale sont les premiers en rang, il convient d'examiner séparément la position des mineurs ou interdits, et celle des femmes mariées ou des créanciers subrogés à leurs droits.

L'hypothèque légale des mineurs ou interdits remontant, pour tout ce qui pourra leur être dû par le tuteur en cette qualité, au jour où a commencé sa responsabilité, et le compte à rendre par ce dernier ne pouvant être réglé que lors de la cessation de la tutelle, ces personnes sont à la rigueur en droit d'exiger que la totalité du prix de l'immeuble dont la purge a été poursuivie, reste entre les mains de l'acquéreur, si mieux n'aime celui-ci en faire la consignation. Art. 2195, al. 3. Cpr. Code de procédure, art. 777. Toutefois, la nécessité de concilier les intérêts des créanciers postérieurs avec ceux des mineurs ou des interdits, a fait admettre en pratique, que ces créanciers sont autorisés à demander la distribution entre eux du prix de l'immeuble, en offrant, pour la garantie de sa restitution éventuelle lors de la reddition du compte tutélaire, un gage hypothécaire suffisant [15].

Les divers droits et créances des femmes mariées contre leurs maris n'étant pas garantis par une hypothèque légale remontant invariablement à la date du mariage, elles ne sont pas, comme les

[15] Pothier, *Coutume d'Orléans*, tit. XXI, n° 139. Persil, sur l'art. 2184, n° 8. Grenier, I, 271. Troplong, IV, 993. Pont, n° 1426. Voy. aussi les autorités citées à la note 20 *infra*. Cpr. Civ. cass., 9 janvier 1855, Sir., 55, 1, 125. — Si les créanciers postérieurs ne pouvaient ou ne voulaient offrir un gage suffisant, l'ordre ne devrait être réglé qu'après la cessation de la tutelle. Frappé de cet inconvénient, M. Bertauld (*Revue pratique*, 1860, X, p. 214) estime que le juge aurait à évaluer le maximum auquel pourrait s'élever le reliquat du compte de tutelle. Cet expédient nous paraît d'autant plus difficile à admettre, que la fortune du mineur est susceptible dé s'augmenter, dans le cours de la tutelle, par des causes diverses et impossibles à prévoir.

mineurs ou interdits, fondées à demander que la totalité du prix de l'immeuble soit conservée ou consignée par l'acquéreur, pour la sûreté des droits qui pourraient prendre naissance après la clôture de l'ordre, et qui ne se trouveraient garantis que par des hypothèques postérieures à celles des autres créanciers [16].

Mais aussi, à la différence du mineur ou de l'interdit, la femme mariée est-elle autorisée à réclamer une collocation actuelle, pour toutes ses créances déjà existantes, et ouvertes en ce sens qu'elles ne dépendent plus d'aucune condition, par exemple, pour ses répétitions dotales, pour le prix de ses propres aliénés, ou l'indemnité des dettes auxquelles elle s'est coobligée avec son mari, et qu'elle a déjà acquittées à sa décharge [17]. Ce droit lui appartient, qu'elle soit ou non séparée de biens, avec cette différence, que si elle est séparée de biens, elle pourra immédiatement toucher le montant de sa collocation, tandis qu'au cas contraire, elle ne le pourra qu'après la séparation de biens ou la dissolution du mariage [18].

D'un autre côté, la femme est en droit de réclamer, pour l'indemnité des dettes, non encore soldées, qu'elle a contractées avec son mari, pour ses gains de survie, et pour les autres conventions matrimoniales subordonnées à une condition quelconque, une collocation provisoire, qui ne deviendra définitive que par l'arrivée de l'événement duquel dépendent les créances de cette nature [19].

[16] *Nec obstat* art. 2195, al. 3. Cet article dit bien qu'aucun paiement ne peut être fait au préjudice des droits de la femme, garantis par une hypothèque remontant au jour du mariage, ou tout au moins à une époque antérieure aux inscriptions des autres créanciers. Mais ce serait en forcer le sens, que d'en appliquer la disposition à des droits de la nature de ceux dont il est question au texte. Bertauld, *op. cit.*, p. 209 et suiv. Req. rej., 21 juillet 1847, Sir., 47, 1, 655. Cpr. Orléans, 29 mars 1862, Sir., 62, 2, 245. — Il convient, cependant, de remarquer que, par suite d'actes d'administration du mari, tels que l'aliénation d'objets mobiliers, ou le recouvrement de créances appartenant d'ores et déjà à la femme, celle-ci pourra devenir créancière de sommes dont la restitution se trouvera garantie par une hypothèque remontant à la date du mariage, et il semble qu'elle soit fondée à demander une collocation provisoire pour des créances éventuelles de cette nature, dont le montant peut être apprécié par le juge.

[17] Cpr. Civ. rej., 16 juillet 1832, Sir., 32, 1, 833; Req. rej., 25 mars 1834, Sir., 34, 1, 272.

[18] Civ. cass., 24 juillet 1821, Sir., 21, 1, 422. Toulouse, 30 juin 1858, Sir., 59, 2, 474. Cpr. Besançon, 20 novembre 1852, Sir., 53, 2, 127.

[19] Arg. art. 1180. Cp. § 285, texte n° 2 et note 16 *supra*, *in fine*. Bertauld, *op. et loc. citt.* Voy. aussi les autorités citées à la note suivante.

Toutefois, les créanciers postérieurs à la femme pourraient demander la distribution à leur profit, des sommes pour lesquelles elle n'aurait été que provisoirement colloquée, en offrant de lui en garantir la restitution au moyen d'un gage hypothécaire suffisant[20].

Quant aux deniers restant disponibles après les collocations, actuelles ou provisoires, obtenues par la femme, ils doivent être distribués entre les créanciers qui la suivent en rang, sans qu'elle puisse s'opposer à cette distribution, ni exiger une caution de la part de ces derniers, à raison de droits éventuels qui ne seraient pas garantis par une hypothèque remontant au jour du mariage.

Les créanciers subrogés à l'hypothèque légale d'une femme mariée, sont admis à réclamer, jusqu'à concurrence de leurs créances, toutes les collocations que la femme elle-même serait en droit de demander[21]. Leur position est même, sous certains rapports, plus favorable que celle de la femme. Ainsi, ils sont, même hors du cas de séparation de biens, autorisés à toucher immédiatement les collocations actuelles obtenues du chef de la femme. Ainsi encore, le créancier que la femme a subrogé, expressément ou tacitement, à son hypothèque légale, en se coobligeant avec son mari, peut demander une collocation actuelle et définitive pour le montant de sa créance, au rang hypothécaire auquel la femme elle-même aurait pu réclamer une collocation provisoire à raison de son indemnité éventuelle. Le créancier est autorisé à exercer ce droit pour une créance à terme, avant son échéance, et sans être tenu de constituer, au préalable, le mari en demeure d'acquitter sa dette.

Du reste, en cas de déconfiture ou de faillite du mari, les créanciers, subrogés ou non à l'hypothèque légale de la femme, sont autorisés à exercer tous les droits hypothécaires de leur débitrice comme ils pourraient le faire si la communauté se trouvait dissoute et que la femme y eut renoncé[22]. Art. 1446.

20 Persil, sur l'art. 2184, n° 5. Grenier, I, 271. Troplong, IV, 993. Pont, n° 1426. Amiens, 9 février 1829, Sir., 29, 2, 171. Civ rej., 16 juillet 1832, Sir., 32, 1, 833. Req. rej., 25 mars 1834, Sir., 34, 1, 272. Orléans, 1er décembre 1836, Sir., 37, 2, 89. Req. rej., 2 janvier 1838, Sir., 38, 1, 560. Paris, 30 juin 1853, Sir., 55, 2, 177.

21 Cpr. Troplong, II, 610 et 611 ; Zachariæ, § 264, texte et note 36.

22 Cpr. § 516, texte n° 1 et notes 3 à 6.

FIN DU TROISIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LE TROISIÈME VOLUME.

DROIT CIVIL THÉORIQUE FRANÇAIS.

SUITE DE LA SECONDE PARTIE ET DES DROITS RÉELS.

§§		Pages.
	CHAPITRE II. — Des servitudes réelles ou services fonciers.	
238	*Introduction*.	1
	I. Des servitudes établies par la loi.	
239	A. Des servitudes légales d'utilité publique ou communale.	4
	B. Des servitudes légales d'utilité privée.	
239*bis*	Notions générales.	6
240	De la servitude relative à l'écoulement des eaux, établie par l'art. 640	8
241	Des servitudes relatives à l'irrigation	13
	1° De la servitude d'aqueduc.	13
	2° De la servitude d'écoulement des eaux d'irrigation.	18
	3° De la servitude d'appui..	19
	4° Dispositions communes à ces trois servitudes. . .	21
242	Des servitudes concernant l'écoulement artificiel à procurer aux eaux nuisibles.	22
243	De la servitude de passage pour cause d'enclave. . .	25
	Appendice aux servitudes légales. — De la propriété et de l'usage des eaux.	
244	1. Des eaux de source.	33
245	2. Des eaux pluviales	43
246	3. Des eaux courantes.	46

§§ Pages.

II. Des servitudes établies par le fait de l'homme.

247 Notions générales sur ces servitudes 60
248 Des différentes divisions des servitudes 66
249 De l'établissement des servitudes par le fait de l'homme, en général. 68
250 De l'établissement des servitudes par titre 71
251 De l'acquisition des servitudes par prescription . . . 76
252 De la constitution des servitudes par destination du père de famille. 83
253 Des droits du propriétaire de l'héritage dominant, et des actions qui lui compètent. 88
254 Des obligations et des droits du propriétaire de l'héritage servant. 97
255 Des différentes manières dont les servitudes s'éteignent. 100

Titre troisième. — Des hypothèques, des priviléges sur les immeubles, et accessoirement des priviléges sur les meubles 111

Introduction.

256 Des causes de préférence, et de certaines sûretés spéciales, que la loi ne range pas au nombre de ces causes 112
256*bis* Du droit de rétention 114

Chapitre I. — Aperçu historique sur le régime hypothécaire. — Notions générales sur les priviléges et les hypothèques.

257 Aperçu historique 120
258 Des caractères distinctifs des priviléges et des hypothèques 123
259 Des objets qui sont susceptibles de priviléges ou d'hypothèques 125
259*bis* De la division des priviléges et des hypothèques sous le rapport de leur étendue 126

Chapitre II. — Des différents priviléges établis par le Code Napoléon.

A. Des priviléges sur les meubles.

260 I. Des priviléges généraux sur les meubles 127
261 II. Des priviléges sur certains meubles 137

§§ Pages.

B. Des priviléges sur les immeubles.

262 I. Des priviléges qui s'étendent sur les meubles et sur les immeubles 165

263 II. Des priviléges sur certains immeubles. 166

Appendice au chapitre II. — Des priviléges établis par des lois spéciales.

263*bis* I. Des priviléges du Trésor public (art. 2098) 177

II. Des priviléges établis par le Code de commerce. . 188

III. Des priviléges établis par différentes lois spéciales. 193

CHAPITRE III. — Des différentes espèces d'hypothèques.

A. Des hypothèques légales.

264 Généralités 199

264*bis* 1. De l'hypothèque légale des mineurs et des interdits. 206

264*ter* 2. De l'hypothèque légale des femmes mariées. . . . 216

264*quater* 3. De l'hypothèque légale établie au profit de certaines personnes morales. 248

265 B. De l'hypothèque judiciaire. 250

266 C. De l'hypothèque conventionnelle 260

CHAPITRE IV. — De l'inscription des priviléges et des hypothèques.

267 Généralités sur l'inscription. 285

268 Des fonctionnaires chargés de procéder à l'inscription. — Notions générales sur les attributions et la responsabilité des conservateurs des hypothèques . 287

269 Des exceptions ou modifications apportées au principe de la nécessité de l'inscription 299

270 Des personnes au nom desquelles l'inscription doit être prise. — De celles qui ont qualité pour la requérir. — Du rôle des conservateurs des hypothèques quant aux inscriptions à prendre. 317

271 Des personnes sur lesquelles l'inscription doit être prise. — Des titres en vertu desquels elle peut être requise 322

272 A partir de quelle époque, et jusqu'à quelle époque l'inscription peut être prise. 324

a39003 008581877b

DATE DUE

CAT. NO. 1137